

LA RÈGLE
DE L'ACCESSOIRE
EN DROIT PRIVÉ
ÉTUDE SUR LA MAXIME
"ACCESSORIUM SEQUITUR PRINCIPALE"

THÈSE
POUR L'OBTENTION DU GRADE DE DOCTEUR EN DROIT
(DOCTORAT D'ÉTAT — DROIT PRIVÉ)
PRÉSENTÉE ET SOUTENUE PUBLIQUEMENT LE 9 DÉCEMBRE 1966,
À 14 HEURES 30

PAR
GILLES GOUBEAUX
Assistant de Droit privé
Lauréat de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques
de Nancy

MEMBRES DU JURY :

Président : M. Denis TALLON, Doyen de la Faculté.
Assesseurs : M. Pierre VOIRIN, Doyen Honoraire.
M. Paul LAGARDE, Professeur.

PARIS
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot, 20
1969



Digitized by the Internet Archive
in 2026

La règle de l'accessoire
en Droit privé

UNIVERSITE DE NANCY

FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

Doyen : M. TALLON.

Assesseur du Doyen : M. DE MENTHON.

Doyens honoraires : MM. SENN, VOIRIN, ROBLOT.

Professeurs honoraires : MM. TROTABAS, LESCOT, WALINE, TEITGEN, J. MARCHAL, SENN, IMBERT.

MM. VOIRIN Pierre, Professeur de Droit civil.

DE MENTHON François, Professeur d'Economie politique.

CHAUMONT Charles, Professeur de Droit international public.

ROBLOT René, Professeur de Droit commercial.

SEGUILLON Yves, Professeur d'Economie politique.

RAY Joanny, Professeur d'Economie politique.

VITU André, Professeur de Droit pénal.

COULOMBEL Pierre, Professeur de Droit civil.

FRIEDEL Georges, Professeur de Droit privé.

GRANGER Roger, Professeur de Droit social.

TALLON Denis, Professeur de Droit civil.

BOURCIER DE CARBON Luc, Professeur d'Economie politique.

DURAND-PRINBORGNE Claude, Professeur de Droit public.

GENDARME René, Professeur d'Economie politique.

JAQUET Paul, Professeur de Droit public.

COUDERT Jean, Professeur d'Histoire du droit — Droit romain.

LEVY Denis, Professeur de Droit public.

BENTZ Jacques, Professeur de Droit public.

LAGARDE Paul, Professeur de Droit privé.

HOUSIAUX Jacques, Professeur d'Economie politique.

BORELLA François, Professeur de Droit public.

KOVAR Robert, Maître de conférences agrégé de Droit public.

CASANOVA Jean-Claude, Maître de conférences agrégé d'Economie politique.

MORICEAU Jean, Maître de conférences agrégé d'Economie politique.

BOYER Laurent, Maître de conférences agrégé d'Histoire du droit — Droit romain.

GROSS Bernard, Maître de conférences agrégé de Droit privé.

GUYENOT Jean, Maître-assistant de Droit privé.

NORMAND Jacques, Chargé de cours de Droit privé.

Mme GAUDEMET-TALLON Hélène, Chargée de cours de Droit privé.

M. BLAISE Jean-Bernard, Chargé de cours de Droit privé.

Mlles LOGETTE Aline, Maître-assistante d'Histoire du droit — Droit romain.

MEYER Monique, Maître-assistante d'Economie politique.

MM. COLIN Jean-Pierre, Chargé de cours de Droit public.

CLAIR Pierre, Chargé de cours d'Economie politique.

MORAN Pierre, Chargé de cours d'Economie politique.

VONGLIS Bernard, Chargé de cours d'Histoire du droit — Droit romain.

Mme DUMONT Nadia, Chargée de cours d'Histoire du droit — Droit romain.

MM. BLOCH Georges-Philippe, Chargé d'enseignement de Droit public.

BOURCIER DE CARBON Philippe, Chargé d'enseignement d'Economie politique.

CHABRIOL Franck, Chargé d'enseignement d'Economie politique.

La Faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans la thèse, ces opinions devant être considérées comme propres à leur auteur.

LA RÈGLE DE L'ACCESSOIRE EN DROIT PRIVÉ

ÉTUDE SUR LA MAXIME
"ACCESSORIUM SEQUITUR PRINCIPALE"

THÈSE

POUR L'OBTENTION DU GRADE DE DOCTEUR EN DROIT
(DOCTORAT D'ÉTAT — DROIT PRIVÉ)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE PUBLIQUEMENT LE 9 DÉCEMBRE 1966,
A 14 HEURES 30

PAR

GILLES GOUBEUX

Assistant de Droit privé

Lauréat de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques
de Nancy

MEMBRES DU JURY :

Président : M. Denis TALLON, Doyen de la Faculté.

Assesseurs : M. Pierre VOIRIN, Doyen Honoraire.

M. Paul LAGARDE, Professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot, 20

1969



ABREVIATIONS UTILISEES
POUR LES REFERENCES A LA JURISPRUDENCE

Bull. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles.
Cass. Belg. : Cour de cassation de Belgique.
Ch. Réun. : Chambres réunies de la Cour de cassation.
Civ. : Cour de cassation, Chambre civile.
1^{re} Civ. : Cour de cassation, Chambre civile, 1^{re} section civile.
2^e Civ. : Cour de cassation, Chambre civile, 2^e section civile.
Com. : Cour de cassation, Chambre civile, section commerciale.
Commiss. sup. cass. : Commission supérieure de cassation.
Crim. : Cour de cassation, Chambre criminelle.
D. : Recueil Dalloz.
D.A. : Dalloz analytique.
D.C. : Dalloz critique.
D.H. : Dalloz hebdomadaire.
D.P. : Dalloz périodique.
Gaz. Trib. : Gazette des tribunaux.
G.P. : Gazette du Palais.
J. Cl. : Juris Classeur.
J.C.P. : Juris Classeur périodique, la semaine juridique (à partir de 1937).
J.C.P.-A. : Juris Classeur périodique, édition Avoués.
J.C.P.-G. : Juris Classeur périodique, édition générale.
J.C.P.-N. : Juris Classeur périodique, édition Notaires.
Journ. Not. : Journal des Notaires.
Journ. Soc. (ou *Jal des Soc.*) : Journal des Sociétés.
P. : Journal du Palais.
Rec. Gén. Lois : Recueil général des lois et arrêts.
Rép. Not. (ou *Rép. Gén. Not.*) : Répertoire général pratique du notariat et de l'enregistrement.
Req. : Cour de cassation, Chambre des requêtes.
Rev. Crit. : Revue critique de législation et de jurisprudence.
Rev. Fermages : Revue des fermages.
Rev. Loy. : Revue des Loyers.
Rev. Sc. Crim. (ou *R.S.C.*) : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé.
Rev. Trim. Dr. Civ. : Revue trimestrielle de droit civil.
Rev. Trim. Dr. Com. : Revue trimestrielle de droit commercial.
S. : Recueil Sirey.
S. Chr. : Sirey chronologique.
Sem. Jur. : La Semaine Juridique (avant 1937).
Soc. : Cour de cassation, Chambre civile, Section sociale.
Somm. : Sommaire.
T. Civ. : Tribunal civil.
T. Com. : Tribunal de commerce.
T.G.I. : Tribunal de grande instance.
T. Par. Arr. : Tribunal paritaire d'arrondissement de baux ruraux.

PREFACE

*Les adages juridiques sont bien utiles : ils évitent de réfléchir. Quoi de plus facile, pour justifier la solution souhaitée, que de la fonder sur une belle formule — si possible en latin — à laquelle le temps a donné un caractère irréfutable. Et pourtant, à y regarder de plus près, on constate bien souvent que la règle consacrée par l'adage n'est pas tellement évidente. Tel est bien le cas de l'adage *accessorium sequitur principale* que M. Gilles Goubeaux a pris pour thème de sa thèse de doctorat. Sous des formes diverses, la règle de l'accessoire est invoquée dans de nombreux domaines du droit. Une fois énoncée, elle se suffit à elle-même et personne jusqu'ici n'avait tenté d'en donner une justification d'ensemble.*

Il est vrai que la tâche pouvait rebuter puisqu'elle impliquait de rechercher les multiples applications de la règle et de tenter de construire une synthèse cohérente de ses effets. M. Goubeaux a brillamment surmonté ces difficultés. Préliminaire indispensable, il précise avec une grande rigueur ce qu'est le rapport juridique d'accessoire à principal. Ecartant pour commencer la notion quantitative (qui réapparaîtra par la suite), il relève que la liaison de l'accessoire et du principal peut résulter soit de l'affectation du premier au service du second, soit de la production du premier par le second. En toute hypothèse, la notion reste unique et repose sur deux idées : l'accessoire occupe une position intermédiaire entre l'indépendance et l'assimilation au principal ; il a vocation à suivre le sort du principal. La définition bien établie, il était alors possible de dégager les fonctions de la règle. Par une analyse qui restera, M. Goubeaux a dégagé les deux aspects de la règle, qu'il étudie dans les deux parties de son ouvrage : la règle, expression des conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal ; la règle, procédé technique original. Ainsi, d'une constatation imposée par le bon sens, on peut passer, par suite des déformations dues à des raisons de politique juridique, à un procédé technique qui aboutit parfois à l'application brutale d'un critère purement quan-

titatif, dans l'adage major pars trahit ad se minorem, lorsqu'il importe de résoudre une situation juridique trop complexe.

Il est impossible de donner en quelques phrases un aperçu du très riche contenu de cette étude. Nous relèverons cependant, à l'intention des civilistes, les analyses originales que M. Goubeaux donne de la théorie de la qualification en droit interne (qui prolonge la thèse de notre collègue Terré), de l'accession, de l'obligation propter rem et des servitudes, de l'immobilisation par destination, des articles 1406 et 1407 nouveaux du Code civil parmi bien d'autres. On retiendra aussi les développements de la conclusion lorsque l'auteur recherche quelle peut être la fonction de la règle de l'accessoire dans un droit en rapide évolution. Il montre qu'elle a une valeur transitoire ; à défaut d'un statut indépendant, une situation juridique, par le jeu de la règle de l'accessoire, pourra être rattachée à un régime juridique préexistant, en attendant que soit élaborée la catégorie juridique nouvelle qui pourra l'accueillir. Enfin, ceux qui s'intéressent à la méthode juridique trouveront dans cette thèse matière à réfléchir sur les rapports de la logique et du droit. On y trouvera sous-jacente l'idée que la logique juridique est toujours impure, qu'elle est toujours à la merci du coup de pouce de la politique juridique.

Le lecteur ne manquera pas, en tout cas, d'apprécier les qualités générales de l'ouvrage : sûreté de la méthode, rigueur du raisonnement, solidité de la culture juridique et aussi élégance du style. Ces qualités ont d'ailleurs valu à M. Goubeaux, quelques mois après la soutenance de sa thèse, d'être institué maître de conférences agrégé des Facultés de Droit et des Sciences économiques. Ce qui montre que — quoi qu'on en dise — le concours d'agrégation sait parfois aussi couronner les mérites scientifiques.

Denis TALLON,
Professeur à la Faculté de Droit
et des Sciences économiques de Nancy,
Doyen honoraire.

INTRODUCTION

1. — *Accessorium sequitur principale, Major pars trahit ad se minorem, Accessorium sequitur naturam principalis, Superficies solo cedit, Accessio cedit principali*... Les brocards ne manquent pas pour indiquer que l'accessoire suit le sort du principal. La « règle de l'accessoire » en tire une certaine majesté, qui n'est malheureusement pas sans revers. Gage d'une tradition ancienne, la forme latine dont quelques principes ont le privilège d'être revêtus leur confère une autorité remarquable : « Ils ont résisté aux révolutions politiques, aux transformations économiques, au changement des mœurs. Cette pérennité est la preuve de leur valeur. Ils sont en général formulés par une phrase brève et rude qui impose l'obéissance. Ils semblent représenter les préceptes impérissables de la vie juridique. Il n'est pas nécessaire de croire à leur origine divine ou rationnelle pour les respecter. Il suffit de constater qu'ils s'imposent par la force de la tradition¹. » De là vient précisément le danger. La règle de l'accessoire est victime de son propre prestige. Elle n'est pas étudiée et demeure assez mystérieuse. Il y est certes souvent fait allusion. Mais d'explication, point. *Accessorium sequitur principale* et tout est dit. La formule tient lieu de démonstration.

2. — L'examen de cette règle serait-il donc *inutile* ? Consacrant un cours de doctorat² aux « Grands adages coutumiers », M. Rouast ne s'arrête pas à la maxime *accessorium sequitur principale* qui, dit-il, fait partie de ces « brocards qui procèdent simplement de la logique et du bon sens ». Cette position est celle de la majorité des auteurs qui se sont préoccupés des maximes anciennes qui jalonnent encore notre droit : Lorsqu'ils ne la

1. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit* (1955), n° 133, p. 328-329.

2. Paris, 1953-1954.

passent pas purement et simplement sous silence, ils se bornent à signaler que la règle de l'accessoire est une manifestation de la logique juridique. Doit-on s'en estimer satisfait ? Sans doute, le Droit fait-il un large usage de la logique et si la maxime *accessorium sequitur principale* n'est qu'une application du procédé, d'autres adages traditionnels sont-ils, du point de vue technique, plus originaux. Mais la référence à la logique ne suffit pas. S'il s'agit d'un raisonnement, quelles sont ses bases, quelle est sa portée ? Tout le monde a bien le sentiment vague qu'il est normal que l'accessoire suive le sort du principal. Peut-on se contenter de cette intuition ? Lorsqu'une question pratique se pose en termes concrets, on demande au Droit une réponse ferme. Il faut préciser les notions juridiques d'accessoire et de principal et expliquer jusqu'où, logiquement, l'accessoire doit « suivre » le principal. Est-il d'ailleurs si certain qu'il ne soit question que de pure logique ? On lit aussi que « la distinction entre les choses principales et les choses accessoires... repose sur un fondement économique³ ». Logique ou économie ? Faut-il combiner les deux idées ? Peut-être ni l'une ni l'autre ne peuvent-elles justifier l'adage *accessorium sequitur principale*. Ne lit-on pas encore : « Cette maxime, présentée par certains comme un brocard de « logique juridique », doit être tenue pour la règle d'une civilisation grossière et primitive. Hors des cas où la loi ou une commodité inéluctable l'impose, elle ne doit pas guider l'interprète⁴ » ? Les choses ne sont donc pas aussi lumineuses qu'on le dit souvent.

3. — En dépit de cette obscurité, les utilisations des concepts d'accessoire et de principal sont nombreuses et les allusions à la règle de l'accessoire fréquentes. Si bien qu'on en vient à se demander si cette étude de la règle n'est pas *inopportune*. Le recours à la maxime *accessorium sequitur principale* permet, dans bien des cas, de se tirer d'embarras. Une solution pratique apparaît souhaitable. L'affirmation péremptoire qu'elle est postulée par la règle de l'accessoire vient à point nommé clore le débat. N'est-il pas en fin de compte préférable de laisser subsister une zone d'ombre à la faveur de laquelle des réponses variées, pratiquement utiles, peuvent chercher une justification juridique dans l'adage *accessorium sequitur principale* ?

C'est peut-être là l'explication de l'étrange carence de la doctrine qui se préoccupe si peu de la règle de l'accessoire. Mais l'argument est sans valeur. Le Droit a incontestablement besoin d'un certain nombre de « soupapes de sûreté » permettant d'éviter les excès d'une technique trop méticuleuse. Si tel est le sens de la règle de l'accessoire, il faut avoir la franchise de le dire. On ne gagne rien à dissimuler sous un jargon pseudo-scientifique des

3. Beudant-Voirin, IV, n° 84.

4. Beudant, Lerebours-Pigeonnière, Rodière et Percerou, XII, n° 182.

solutions que les nécessités pratiques suffisent à justifier. Il faut, au contraire, les mettre en lumière afin d'en préciser les limites légitimes. Si la réputation de règle logique qui accompagne la maxime *accessorium sequitur principale* est fondée, il est clair que l'adage ne peut couvrir n'importe quelle position. C'est trop facilement désarmer la critique que de présenter comme imposée par un principe purement rationnel une solution qui répond en réalité à un objectif de politique juridique bien précis. Ce but est peut-être justifié et la technique choisie efficace ; la fin poursuivie ne correspond peut-être plus aux aspirations actuelles et le moyen employé peut être aujourd'hui inadapté à l'état de notre Droit. Si la règle de l'accessoire n'est pas, ou n'est pas seulement, une maxime logique, si elle est l'instrument d'une politique juridique, il faut le dire et ne pas hésiter à la soumettre à un examen critique. La forme archaïque des adages utilisés n'est pas une preuve de la valeur actuelle des idées qu'ils illustrent : « Ils représentent des opinions anciennes sur la nécessité de certaines règles. Pourquoi le passé disparu empêcherait-il des institutions nouvelles ? Un examen plus attentif fait découvrir dans ces anciens adages, à côté des règles rationnelles, l'expression résumée de vieilles règles devenues sans valeur...⁵ »

Les efforts de précision sont toujours finalement utiles et si l'on ne peut, du premier coup, prétendre faire toute la lumière, une tentative d'éclaircissement de la règle de l'accessoire est déjà bénéfique, si elle contribue à réduire la tentation de céder, sur quelques points, à la facilité.

4. — Ceci montre que l'étude de cette antique maxime ne saurait être considérée comme n'étant pas une question d'actualité. Certes, un principe qui s'exprime en latin ne se désigne pas particulièrement à l'attention des juristes épris de nouveauté. Que la règle de l'accessoire ne se formule-t-elle en anglais ! Malheureusement, ici, les Anglais eux-mêmes parlent latin...

Pour n'être pas nouvelle, la règle n'est cependant pas ignorée du droit moderne. Ne reconnaît-on pas, par exemple, le vieil adage dans le nouvel article 1406 du Code civil, issu de la loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux : « Forment des propres, sauf récompense, s'il y a lieu, les biens acquis à titre d'accessoires d'un bien propre... » ? La règle de l'accessoire fait partie du droit actuel.

Il serait, certes, intéressant de retracer par le menu le cheminement historique suivant lequel, depuis les romanistes, la maxime *accessorium sequitur principale* est parvenue jusqu'à nous. Depuis les romanistes, disons-nous, car si le droit romain utilisait le terme *accessio* et connaissait des solutions où, effectivement, l'accessoire

5. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, n° 133, p. 329.

suivait le sort du principal⁶, il ne semble pas que l'adage soit romain et que les jurisconsultes aient songé à grouper ces solutions éparses en recherchant l'idée commune qui les inspirait. Il est d'ailleurs douteux que des essais de synthèse aient, par la suite, été menés bien loin. C'est généralement à l'occasion d'une question particulière, résolue dans le sens de l'adage *accessorium sequitur principale*, que nos anciens auteurs signalent qu'ils font application d'un principe plus général et exposent quelques considérations dépassant l'objet précis de leur étude. Ainsi Domat raisonne-t-il sur les legs lorsqu'il présente des développements que l'on peut regarder comme une ébauche de théorie de la distinction de l'accessoire et du principal — esquisse assez décevante au demeurant, car elle s'achève par une sorte d'aveu d'impuissance, abandonnant la matière à l'appréciation discrétionnaire des juges⁷. Du moins Domat insiste-t-il sur le rôle de la volonté individuelle, alors que les solutions romaines paraissaient davantage objectives. — Il faudrait rechercher comment s'est fortifiée l'idée qu'une règle unique fournissait des réponses à des questions fort diverses. Cette idée, personne n'en doute, était présente à l'esprit des rédacteurs du Code civil. Si, nulle part, ils n'ont consacré la maxime *accessorium sequitur principale* en général, plusieurs dispositions du texte n'en sont que des applications. Les commentateurs du Code ne manquent pas de le souligner au passage...⁸ Car c'est toujours « en passant » que l'on signale la règle de l'accessoire.

Un ouvrage consacré à l'histoire de la maxime *accessorium sequitur principale* ne manquerait certainement pas d'intérêt. Ce n'est pourtant pas à une étude historique que nous allons consacrer nos efforts. Si elle plonge ses racines dans le passé, la règle de l'accessoire est, en effet, bien vivante, et c'est en droit positif que nous entendons l'étudier.

5. — La tâche est d'une ampleur extrême : « On peut dire... qu'il n'y a presque aucune des affaires qui se traitent entre les hommes, dans laquelle il ne se trouve une chose principale et des choses accessoires⁹. » « *Accessorium sequitur principale*, écrivait Demolombe, règle capitale et féconde, qui s'étend à presque toutes les parties du droit...¹⁰ »

Nous ne pouvons nourrir l'ambition d'embrasser dans notre travail « presque toutes les parties du droit ». Nous nous limite-

6. Par exemple : « Si tamen alienam purpuram vestimento suo quis intexuit, licet pretiosior est purpura, accessionis vice cedit vestimento... » (Inst. lib. 2, tit. 1, § 26) et le célèbre passage d'Ulpien ff., tit. « De auro, argento, mundo... », L. 19 ; § 13 s.

7. Lois civiles, Liv. 4, tit. 2, sect. 4, part. 2.

8. Cf. par exemple, Demolombe, IX, n° 54 ; Aubry et Rau, II, § 167 ; Marcadé, II, nos 348 et 554.

9. *Jurispr. générale* Dalloz, 1845, t. II, v° Accessoire, n° 1.

10. T. IX, n° 54.

rons à l'examen de la règle de l'accessoire *en droit privé* et plus particulièrement *en droit civil*. Sans doute, est-ce se priver délibérément des enseignements précieux et des riches perspectives que l'on devine en songeant à une étude de la maxime *accessorium sequitur principale* dans des branches telles que le droit fiscal ou le droit international privé. Nous reconnaissons volontiers que notre choix est largement arbitraire. A défaut d'autre justification que la nécessité de maintenir le volume de cet ouvrage dans les limites acceptables, il s'explique du moins par l'espoir de donner à l'ensemble une certaine unité de ton. Si la règle de l'accessoire est « une catégorie générale du raisonnement juridique¹¹ », elle doit s'adapter aux préoccupations différentes qui ont conduit à diviser le droit en secteurs qui revendiquent chacun leur autonomie. C'est la place de la maxime *accessorium sequitur principale* dans la technique civiliste que nous voudrions nous efforcer d'exposer. Nous nous permettrons donc de déborder parfois des frontières du droit civil, dans la mesure où ce sont ses méthodes qui sont employées dans d'autres branches du droit. En revanche, nous n'avons nullement la prétention de dresser une liste exhaustive des solutions du droit civil qui peuvent se recommander de la maxime *accessorium sequitur principale*. Nous ne cherchons pas, en effet, à établir un catalogue aussi complet que possible, mais à esquisser une explication de la règle. Les cas d'application dont nous discuterons ne sont donc que des exemples. On connaît la méthode habituelle de l'interprète cherchant à systématiser quelque aspect du droit privé : « S'emparant de textes disparates, il remonte au principe qui les anime pour déduire, dans une seconde démarche, les conséquences pratiques que cette découverte implique¹². » C'est le principe désigné par la maxime *accessorium sequitur principale* que nous voudrions tenter de préciser, sans chercher à en tirer ensuite toutes les déductions possibles.

6. — Le mot « principe » est très employé dans la langue juridique. Beaucoup trop même, pour qu'on puisse se dispenser d'indiquer de quelle nuance on charge la signification du terme¹³.

« Tous les principes généraux du droit ne s'expriment pas en maximes juridiques, mais toutes les maximes juridiques expriment un principe général du droit¹⁴. » Même si l'on ne souscrit pas entièrement à cette affirmation catégorique¹⁵, on ne peut guère douter

11. J. Carbonnier, *Droit civil*, II, n° 24, p. 72.

12. B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, thèse Poitiers 1954, p. 202. Cf. F. Génv, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1932), I, n°s 21 s.

13. Cf. J. Boulanger, « Principes généraux du droit en droit positif » in *Le droit privé français au milieu du vingtième siècle*, études offertes à G. Ripert, 1950, t. I, p. 51 s.

14. J. Carbonnier, *Droit civil*, I, n° 29, p. 107.

15. Cf. J. Boulanger, étude précitée, n° 14, p. 61 ; G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, n° 133, p. 329.

que la règle de l'accessoire se présente *techniquement* comme un des *principes généraux* du droit.

Il faut, à cet égard, lever une équivoque. « On parle de règles juridiques, mais on parle aussi très souvent de principes. Cette différence dans la terminologie peut être l'indice d'une distinction à faire entre les choses signifiées. Et cette distinction est capitale. Si, en effet, elle est justifiée, les principes ont droit de cité juridique ; ils constituent en tant que tels des éléments de l'ordre juridique positif¹⁶. » Et M. Boulanger trouve le critère de la distinction dans le caractère de généralité différent d'une règle juridique ou d'un principe : « Une règle juridique est générale en ce qu' « elle est établie pour un nombre indéterminé d'actes ou de faits ». Mais, sous un certain rapport, elle est spéciale, en ce qu'elle ne régit que tels actes ou tels faits ; elle est édictée en vue d'une situation juridique déterminée. Un principe, au contraire, est général en ce qu'il comporte une série indéfinie d'applications¹⁷. » Or, si la maxime *accessorium sequitur principale* exprime la règle de l'accessoire, il s'agit d'une règle générale, dont la généralité est celle qui caractérise les principes. Les textes en font des applications fragmentaires que la jurisprudence n'hésite nullement à dépasser en invoquant directement la maxime traditionnelle.

Ce n'est donc pas d'un point de vue philosophique que nous parlons de « principe général », mais d'un point de vue technique. « En réalité ce sont les techniciens qui créent les principes, si on les entend dans le sens de règles générales. Ils recherchent si un certain nombre de dispositions légales peuvent être présentées comme des applications d'une règle générale, dont elles déterminent les modalités¹⁸. »

Si la règle de l'accessoire est une de ces règles générales, il est difficile d'y voir, à proprement parler, une règle coutumière. Certes, la maxime *accessorium sequitur principale* ne se trouve pas dans les textes et l'usage de la formule léguée par la tradition peut être considéré comme une coutume, au sens large. Il est vrai, encore, que la plupart des dispositions légales qui peuvent être considérées comme mettant en œuvre la règle de l'accessoire n'ont pas été créées *ex nihilo* par les textes et sont issues d'anciennes coutumes. Peut-être même trouverait-on l'une ou l'autre application de la maxime *accessorium sequitur principale*, non consacrée par la loi, qui serait d'origine coutumière. Mais la règle de l'accessoire elle-même, le principe général qu'elle représente, se trouve « en suspension dans l'esprit de notre droit¹⁹ » qui est aujourd'hui, pour le droit privé, essentiellement révélé par les textes. « Les principes généraux du droit privé dérivent le plus souvent de la

16. J. Boulanger, étude précitée, n° 5, p. 55.

17. *Ibid.*

18. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, n° 134, p. 331.

19. J. Carbonnier, *Droit civil*, I, n° 29, p. 108.

loi écrite et n'en constituent que le prolongement²⁰. » La règle de l'accessoire n'y fait pas exception.

7. — Cette façon d'envisager un « principe général du droit » indique assez que, dans cet ouvrage, il sera beaucoup moins question de « science » que de « technique », au sens donné à ces termes par Gén^y²¹.

Une relation entre deux concepts, exprimée par une formule, est une construction juridique que l'on peut examiner en tant que telle. Or, la règle de l'accessoire est d'abord connue comme une formule : *accessorium sequitur principale* ou un des brocards qui en dérivent.

Au même titre que les catégories juridiques, les concepts et leur agencement au sein d'une formule sont des outils de la technique juridique²². De même que les catégories, les formules peuvent avoir un double rôle : Elles soulignent le trait décisif, elles expliquent et justifient le résultat²³.

La formule peut, en effet, être employée par commodité de langage pour désigner d'une façon frappante et ramassée un aspect intéressant de la situation. Telle est la signification de la maxime *accessorium sequitur principale* si elle correspond à une règle de logique juridique. S'il est normal, s'il est rationnel que l'accessoire suive le principal, la solution est acquise en vertu de la logique. La formule ne sert qu'à désigner un certain raisonnement qui, dans les mêmes conditions, aboutit toujours au même résultat. Elle permet de faire l'économie du processus rationnel qui procure la solution. Cela ne signifie pas qu'il ne soit pas utile d'exposer ce raisonnement que la brièveté de la maxime fait oublier. Mais la règle de l'accessoire ne présente alors aucune originalité technique.

La formule peut aussi expliquer, justifier le résultat. Elle traduit, dans ce cas, une relation entre les notions qui ne découle pas logiquement des données. Elle ajoute quelque chose à l'ordre juridique, car elle permet d'obtenir des solutions que, sans elle — ou du moins sans le principe qu'elle couvre — on ne pourrait atteindre. Si l'accessoire suit le principal sans que cette conclusion résulte de l'analyse et du raisonnement, alors la maxime *accessorium sequitur principale* désigne un procédé technique original, un instrument dont l'emploi est dicté par des raisons de politique juridique.

Logique ou politique, il va de soi que nous entendons ces mots dans leur sens primitif. La logique comme « l'art d'arranger les

20. B. Jeanneau, thèse précitée, p. 204.

21. *Science et technique en droit privé positif*, t. I, 1913 ; t. II, 1915 ; t. III, 1921 ; t. IV, 1924.

22. F. Gén^y, *op. cit.*, I, n° 51, p. 150, III, n° 218, p. 191, n°s 254 s., p. 448 s.

23. P. Voirin, *J.C.P.*, 1947, II, 3719.

idées de telle sorte que des conséquences puissent résulter de prémisses. La politique comme celui d'aménager les rapports sociaux conformément aux exigences du bien commun²⁴ ». Encore faut-il remarquer que leur opposition ne peut être absolue. Il est bien certain que si la règle de l'accessoire est employée à des fins de politique juridique, il ne saurait être question de faire fi de toute logique. De même, si la maxime *accessorium sequitur principale* résume une série d'applications d'un raisonnement logique, elle ne fait pas du droit une mécanique aveugle qui fonctionne sans but. Seulement, s'il s'agit d'une simple coordination logique d'un certain nombre de règles du droit positif, c'est dans l'établissement de ces différentes règles qu'apparaissent les raisons politiques et non dans la règle de l'accessoire elle-même. Au contraire, si la maxime *accessorium sequitur principale* désigne un procédé technique particulier, ses conséquences devront sans doute être logiquement déduites et il faudra s'efforcer de les insérer dans l'ordre juridique sans heurter la raison, mais la décision de faire emploi de la règle de l'accessoire ne peut s'expliquer que par le but qu'il s'agit d'atteindre.

C'est pour n'avoir pas à faire état de ces nuances que nous préférons présenter le débat comme une opposition entre une « règle logique » de l'accessoire et l'idée d'une règle de l'accessoire conçue comme un procédé technique original. Quel est de ces deux aspect celui qui rend compte de la règle de l'accessoire en droit positif ?

L'accessoire suit le sort du principal. Toute la signification du principe dépend du sens que l'on donne au mot « suivre ». Mais pour pouvoir en discuter, il faut tenir les deux autres bouts de la chaîne et c'est pourquoi, avant de voir fonctionner la règle, il nous faut préciser, dans un chapitre préliminaire, le sens des mots « accessoire » et « principal ».

24. A. Tunc, « Logique et politique dans l'élaboration du droit, spécialement en matière de responsabilité civile », Mélanges en l'honneur de J. Dabin (Sirey, 1963), I, p. 317-318.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

LES NOTIONS D'ACCESSOIRE ET DE PRINCIPAL

8. — Le mot « accessoire » est d'un emploi extrêmement fréquent et varié. Pourtant, rares sont ceux qui ont tenté de cerner la notion qu'il recouvre. Est-ce en raison de « l'attachement... à certains mots courants, à certaines expressions familières, à certaines images « quotidiennes », — mots, expressions ou images qui ont l'avantage d'évoquer immédiatement avec évidence la chose dont on parle, de la rendre immédiatement présente à la conscience¹ » ? On peut douter qu'il soit, à propos de l'accessoire, possible de dire que « cet enseignement de la langue « naïve » sera parfois plus précieux que toutes les théories développées sur la chose que ce mot désigne² ». Car, s'il est incontestable que le terme accessoire est largement utilisé par la langue dite vulgaire, les images qu'il évoque restent assez floues pour justifier une tentative de précision.

Les indications dont on dispose à cet égard sont malheureusement éparses et assez embrouillées. L'accessoire se trouve dans un état d'infériorité par rapport au principal. Mais est-ce une question de qualité ou de quantité ? Il suit le principal, mais y est-il prédisposé par sa nature ? Tous les phénomènes d'attraction juridique mettent-ils en cause la notion d'accessoire ? Et que tirer de l'idée parfois rencontrée, selon laquelle l'accessoire est destiné à l'amélioration du principal ?...

Il faut explorer les différentes voies qui s'offrent aux recherches. Et d'abord, est-il possible de trouver un dénominateur commun aux multiples emplois du terme accessoire ? Peut-on fixer avec assez de précision une notion de l'accessoire aussi largement comprise ?

1. P. Amselek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, thèse, Paris, 1962, p. 41.

2. *Ibid.*

§ 1. — La conception extensive de l'accessoire.

Dans la langue courante, l'accessoire a peu d'importance. Il accompagne le principal qui, lui, est considérable, important. De telles expressions sont évidemment fort vagues et se prêtent à couvrir d'innombrables hypothèses. La notion d'accessoire est alors très large. A un point tel qu'on peut se demander si elle est vraiment utilisable en droit.

A. — L'ampleur de la notion

9. — A priori, il n'y a aucune raison d'écarter l'une ou l'autre acception du terme « accessoire ». Mais le mot revient si souvent dans la langue courante que la notion d'accessoire promet d'être extrêmement compréhensive, et, partant, multiforme et peu précise. Pour tenter d'y voir clair, la meilleure méthode est certainement d'opérer un *classement* des utilisations de l'expression.

Une réflexion de M. le doyen Voirin, modestement placée en note sous un paragraphe du traité de Beudant³, se révèle à cet égard particulièrement riche d'enseignements : « Le mot « accessoire » a deux sens », écrit M. Voirin, « il signifie tantôt « secondaire » et tantôt « dépendant ». Dans le premier sens, il s'oppose à « essentiel » et, dans le second à « principal ». Dès lors, les procédés techniques destinées à informer la règle de l'accessoire sont de deux sortes. Les uns sont des procédés de réduction ; on néglige ce qui est secondaire... Les autres sont des procédés de nivellement, d'assimilation, on traite l'accessoire comme le principal dont il dépend... »

Cette distinction est précieuse pour ordonner les multiples emplois du terme accessoire. La preuve en est que c'est en poursuivant dans la voie tracée par M. Voirin que M. Terré, rencontrant la maxime *accessorium sequitur principale* au cours de son étude de « l'influence de la volonté individuelle sur les qualifications » a pu dresser un des tableaux les plus complets des applications de la règle de l'accessoire, quoiqu'évidemment limité, par l'objet de ses préoccupations, aux seules questions de qualification⁴.

On remarquera qu'il s'agit d'une conception très large de l'accessoire. La « réduction » tout autant que le « nivellement » apparaissent, en effet, comme des techniques très générales du Droit.

L'élimination des éléments secondaires est un procédé de simplification. Or l'univers juridique est un monde schématisé. Il est impossible au Droit d'épouser toutes les nuances de la réalité. Pour qu'un aspect de cette réalité accède à la vie juridique, il doit revêtir une certaine importance. Pour mettre en mouvement les mécanis-

3. T. IV, n° 111, note 3.

4. F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse, Paris, 1955, n°s 390 s., p. 329 s.

mes techniques, il faut un certain « poids » capable de vaincre leur inertie. L'affinement du droit peut parfois abaisser le seuil à partir duquel l'importance de tel ou tel fait est jugée suffisante pour être prise en considération. Mais le Droit ne peut se passer de la méthode de réduction à l'essentiel : dans la vie sociale, il n'y a jamais deux faits absolument semblables. Une simplification de la réalité est inéluctable⁵.

Aussi, les exemples d'application du procédé sont-ils innombrables. M. Voirin cite l'exemple de l'erreur de l'article 1110 du Code civil et celui de la distinction entre le contrat d'entreprise et le contrat de vente. En effet, si la pureté du consentement ne résiste à aucune erreur, aussi infime soit-elle, seule est prise en considération celle qui « tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet ». L'obligation ne doit disparaître que lorsque le juge constate « son imperfection essentielle », soit que l'on considère que l'altération de la volonté, dans son élément conscience doit présenter assez de gravité pour faire « perdre à l'obligation son support nécessaire », soit, a fortiori, que l'annulation pour erreur fonctionne comme la solution d'un conflit d'intérêts⁶. Le contrat d'entreprise est généralement distingué du contrat de vente suivant l'importance respective de la matière première et du travail fournis par l'entrepreneur. Si la fourniture de matière l'emporte, la qualification de vente néglige l'aspect de la convention qui aurait pu conduire, s'il avait été plus important, à la qualification de contrat d'entreprise...

Bien d'autres exemples de réduction à l'essentiel pourraient être donnés. La distinction du domicile et de la résidence, de la cause et des mobiles... procèdent de cette méthode. Certains effets du mariage paraissent n'être que « secondaires⁷ »... La liste de tels accessoires est inépuisable.

Le nivellement est aussi une technique très employée. Le procédé répond souvent à l'idée d'une attraction exercée par un élément prépondérant. Vu sous cet angle, il évoque le débat latent présent dans la plupart des discussions juridiques. La recherche de la Justice conduit à trancher entre des intérêts opposés, à en faire prévaloir un au détriment de l'autre. L'assimilation d'un accessoire au principal fait figure de solution d'un conflit. Il n'est pas étonnant que le Droit en fasse un large usage. D'autant plus que la méthode aboutit encore à une simplification de la réalité ; simplification d'ailleurs différente de celle obtenue par la réduction à l'essentiel. Le nivellement rabote aussi des nuances, mais ne va pas

5. Gény y voit la « technique juridique fondamentale » : *Science et technique*, III, n° 186, v. aussi n°s 198 s.

6. J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, thèse, Paris, 1961, n° 40.

7. Cf. 1^{re} Civ., 20 novembre 1963, *J.C.P.*, 1964, II, 13498, note J. Mazeaud ; *D.* 1964, 465, note G. Raymond.

jusqu'à l'élimination de l'accessoire. Au contraire, le procédé marque fortement la cohésion de l'ensemble principal-accessoire et il est parfois utilisé à cette seule fin.

A titre d'exemples de cette technique, M. Voirin indique : l'immobilisation par destination, les actes de commerce dits par relation ou par accessoire, l'accession. M. Terré ajoute d'autres applications prises en matière contractuelle⁸. On pourrait en trouver dans d'autres secteurs : la détermination du domicile conjugal, dans une certaine mesure le nom de la femme mariée, l'effet collectif de l'acquisition de la nationalité française par le chef de famille... ressortissent à la technique de l'attraction.

10. — Le nombre et la variété des accessoires « secondaires » ou « dépendants » sont donc extrêmement considérables. Et ceci fait douter qu'il soit possible d'aller beaucoup plus loin dans la précision de la notion d'accessoire conçue avec une telle ampleur.

A quoi se reconnaît l'élément secondaire ? Il paraît pratiquement hors de question de déterminer dans l'absolu un critère de l'importance exigée pour accéder au rang d'élément essentiel. En effet, l'inertie des mécanismes juridiques n'est pas uniforme. Le seuil à partir duquel une donnée est prise en considération varie suivant la résistance rencontrée dans chaque cas. Et l'appréciation de cette résistance varie elle-même suivant le résultat recherché et la plus ou moins grande simplification des règles juridiques que l'on veut obtenir dans un secteur déterminé. Sans doute, est-il possible de discerner une évolution générale du Droit vers la complexité tendant à tenir compte d'éléments autrefois jugés d'importance insuffisante. Mais une telle évolution ne se réalise pas elle-même selon un front continu. Le concept d'élément secondaire apparaît donc à tous points de vue éminemment *relatif*. Si bien qu'en réalité le caractère « secondaire » tient au fait que l'élément considéré a, en fait, été l'objet d'une mesure de « réduction ». Ce n'est qu'une fois l'élimination opérée que l'opposition entre essentiel et secondaire apparaît.

Il en est de même de l'élément « dépendant », dans cette conception large de l'accessoire. C'est au « nivellement » dont il est l'objet qu'on le reconnaît. L'attraction par l'élément prépondérant dépend d'un jugement de valeur dans chaque cas. C'est une question d'opportunité, de politique juridique qui défie les critères abstraits.

En définitive, on s'aperçoit que la qualification d'« accessoire » est attribuée après qu'a joué le mécanisme de réduction ou de nivellement. Ceci correspond d'ailleurs fort bien au sens du terme accessoire dans la langue courante : est accessoire, ce qui suit le sort du principal ou ce qui peut être négligé. Mais cette défi-

8. *Op. cit.*, n^{os} 420 s., p. 344 s.

nition intervient *a posteriori* pour décrire une situation déjà acquise ; en d'autres termes *c'est parce qu'il suit le sort d'autre chose qu'un élément est accessoire et non parce qu'il est accessoire qu'il suit le sort du principal*. Il y a des phénomènes d'attraction et de réduction qui peuvent *se décrire mais non s'expliquer* par des formules telles qu'*accessorium sequitur principale* ; il n'y a pas, à proprement parler, de *règle de l'accessoire*.

Cette constatation est fort décevante. A quoi bon recouvrir d'une expression unique des hypothèses disparates si l'on ne peut rien tirer, en droit, de la notion d'accessoire ?

Ce jugement serait trop pessimiste. Même conçue de façon large, même impossible à définir *a priori*, la notion d'accessoire est utilisable si l'on admet, suivant une distinction connue du droit public, qu'il ne s'agit pas d'une « notion conceptuelle », mais qu'elle s'apparente aux « notions fonctionnelles ».

B. — La notion d'accessoire, « notion fonctionnelle »

11. — Les notions conceptuelles « peuvent recevoir une définition selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes... Encore que ce ne soit pas souhaitable, on pourrait dire ce qu'elles sont indépendamment de ce à quoi elles servent... L'utilisation de toutes ces notions dépend de leur contenu ; le contenu ne dépend pas de l'utilisation.

« Les notions fonctionnelles, au contraire, sont différemment construites. Elles procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité. Que l'on essaie donc de définir conceptuellement l'« acte de gouvernement » au sens administratif du mot... On peut bien dresser le *catalogue* des actes de gouvernement ; mais on ne peut *définir* la catégorie des actes de gouvernement, sinon en indiquant ce à quoi elle sert, sa *fonction*... En certains domaines... (le juge) devra recourir à des notions très souples dont la véritable unité sera empruntée à une inspiration de caractère *politique* au sens noble du mot, c'est-à-dire à la *fonction* qui leur est assignée⁹. »

Si la notion d'accessoire désigne ce qui suit le sort du principal ou ce qui est négligé, on voit les services qu'elle peut rendre. D'une façon ou d'une autre, l'invoquer est *simplifier* l'hypothèse de fait. Sa fonction est alors de débloquer les mécanismes juridiques lorsqu'ils se contrarient ou se coordonnent mal. Voici, par exemple, un contrat complexe — l'hypothèse n'est pas rare dans notre système qui fait une large place à l'autonomie de la volonté —. Pour connaître le régime juridique de cette convention, il faut l'analyser. Or, les parties ont enchevêtré plusieurs contrats classiques, vente, prêt, échange, etc... dont chacun est soumis à un

9. G. Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *J.C.P.*, 1950, I, 851.

régime différent. Il arrive qu'à propos de telle ou telle question l'opposition entre des règles contradictoires soit irréductible. Le juge saisi de la difficulté doit pourtant, à peine de déni de justice, donner une solution. C'est là que peut intervenir la notion d'accessoire : partant de la solution qu'il estime souhaitable, en fait, il la justifie en droit en considérant que sont accessoires les éléments qui pourraient servir d'appui à des règles contraires. La réduction ou le nivellement opérés sont décidés en fonction du résultat cherché et couverts ensuite par l'appel à la notion d'accessoire.

Le droit public n'est pas le seul à recourir à des « notions fonctionnelles ». M. Lagarde l'a parfaitement démontré à propos de la notion d'ordre public en droit international privé¹⁰. « ... Le problème de la définition de l'ordre public est un faux problème et... seule importe pour le moment la recherche de sa fonction... L'incertitude et la souplesse sont au centre de la notion d'ordre public et le juriste peut seulement en reculer les limites sans jamais les effacer ; le problème est seulement de savoir jusqu'où ces limites peuvent être actuellement repoussées...¹¹ ».

12. — En est-il de même de la définition de l'accessoire en droit privé interne ? Dans une certaine mesure, oui. Il est difficile de nier que la notion d'accessoire soit parfois invoquée pour les besoins de la cause, en vue d'obtenir une solution déterminée. L'accessoire ainsi utilisé défie les efforts de définition. Seul, le rôle qu'il joue peut être précisé. Mais, en droit civil, le rôle créateur du juge est beaucoup plus effacé qu'en droit international privé. En droit international privé comme en droit administratif, le juge est obligé « de créer très abondamment des règles de droit... il ne peut donc s'abstenir d'une politique jurisprudentielle, car comment créer une règle de droit sans statuer *de lege ferenda*¹² ? ». Que le juge crée aussi des règles de droit civil n'est pas niable. Mais il y est conduit bien plus rarement qu'en d'autres disciplines. « Le droit civil, avec la notion de faute, celle d'abus des droits, celle de nécessité, celle de cause, recourt à des catégories fonctionnelles. Encore est-il très souvent préservé de ce recours par son ancienneté, par la précision de ses règles largement codifiées, et, pour tout dire, par sa perfection au sens technique du mot¹³. »

Dès lors, on ne peut se défendre d'une certaine méfiance envers les risques de dilution du droit civil par l'invasion de « notions fonctionnelles ». Rappelons ici le débat entre un praticien et un professeur. Le praticien, critiquant les commentateurs

10. P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, thèse, Paris, 1957, n°s 149 s.

11. *Ibid.*, n° 151.

12. G. Vedel, *loc. cit.*, J.C.P., 1950, I, 851.

13. *Ibid.*

d'arrêts qui jugent seulement sur pièces, soulignait : « Les magistrats, les avocats qui sont mêlés au drame judiciaire voient devant eux les malades, je veux dire les plaideurs ; ils doivent écouter leurs voix plaintives ou irritées, ils entendent le cri de leur émotion ou de leur colère ; chaque procès est une tranche de vie toute palpitante dans laquelle le scalpel du juge doit chercher, avec l'aide des avocats, la ligne juste, le point exact où il doit donner le coup de bistouri¹⁴. » Le professeur a répondu avec beaucoup de sagesse : « Comme l'écrivait récemment un avocat, « le juge perçoit « immédiatement quel est le résultat auquel il veut équitablement « et raisonnablement parvenir. Et c'est seulement lorsqu'il a « ainsi défini le but à atteindre qu'il le justifie, après coup, par « un raisonnement juridique ». Dans la mesure, sans doute importante, où ceci est vrai, ce n'est pas seulement le commentaire d'arrêt qui est largement vain, mais c'est surtout le contrôle de la Cour de cassation. *On ne voit même plus bien, à vrai dire, quelle est l'utilité du droit...*¹⁵ »

La multiplication des « notions fonctionnelles » n'est pas seulement une solution de facilité. Elle fait perdre au droit civil sa rigueur, ce qui est souvent introduire l'injustice au nom de l'équité.

La souplesse est nécessaire ; tout le monde en est convaincu. Aussi n'entendons nous pas critiquer systématiquement le recours aux « notions fonctionnelles », ni même certaines utilisations de la notion d'accessoire ainsi comprise. Mais si la notion d'accessoire *n'était que cela*, elle est si souvent invoquée, en fait, que la perfection technique du droit civil serait bien illusoire. La réduction, le nivellement, sont, nous l'avons vu, des techniques très générales. Renoncer à préciser la notion d'accessoire revient à laisser ces moyens extrêmement puissants à l'entière discrétion du juge. Pour assurer la sécurité des relations juridiques, il ne suffit pas de repousser plus ou moins loin les limites de l'incertitude. Il faut découvrir la « notion conceptuelle » d'accessoire. Il faut, en d'autres termes, dégager les critères permettant de reconnaître un accessoire à partir de la seule analyse des faits, *avant* même de savoir si le recours à cette notion donnera la solution attendue. Alors, la règle de l'accessoire ne sera pas qu'un masque commode, un germe d'insécurité nuisible par sa trop grande généralité.

Cela ne signifie d'ailleurs pas que la distinction entre la « réduction » et le « nivellement » ne soit pas utile pour l'étude de la règle de l'accessoire. Mais il n'y aura de véritable règle de l'accessoire que correspondant à une notion d'accessoire dont le contenu peut être déterminé à l'avance.

14. « La fonction de l'avocat et la Cour de cassation », *G.P.*, 29 avril 1966, variétés.

15. A. Tunc, « Magistrature et facultés », *G.P.*, 3 juin 1966, chronique.

Les critères existent.

Le premier, auquel on songe immédiatement, est d'ordre quantitatif : l'accessoire est, en valeur, volume ou dimension, inférieur au principal. Une telle comparaison peut être faite sans attendre que la réduction ou le nivellement soient intervenus. C'est un moyen permettant de tenter une définition *a priori* de l'accessoire. On peut cependant douter qu'il soit le seul.

§ 2. — La conception exclusivement quantitative de l'accessoire.

13. — Le terme « accessoire » évoque immédiatement l'idée de « chose de peu d'importance ».

De fait, pour beaucoup, la détermination de l'accessoire et du principal ne souffre aucune difficulté. Elle résulte d'une comparaison quantitative entre les deux éléments. La mise en œuvre de ce critère mathématique peut se faire directement à partir de l'analyse des faits. La qualification d'accessoire ne résulte pas alors de l'application effective de la règle de l'accessoire. Sous réserve d'un certain nombre de points à élucider, la notion de chose d'importance quantitative inférieure à celle d'une autre chose peut être isolée.

C'est exact. Mais est-ce toute la notion d'accessoire ?

Beaucoup semblent l'admettre. D'ailleurs, à partir de là, tout est simple, le plus fort entraîne le plus faible, *major pars trahit ad se minorem*. Cette formule, un peu moins usitée que *accessorium sequitur principale*, lui est rigoureusement équivalente. Les deux brocards expriment exactement la même situation, vue tantôt du côté du principal, qui attire à lui la *minor pars*, tantôt de l'accessoire qui subit cette attraction.

Cette solution est effectivement très simple. Elle est même beaucoup trop simple : non seulement cette conception unitaire de l'accessoire est insuffisante, mais elle est inexacte.

A. — La conception exclusivement quantitative de l'accessoire est insuffisante

14. — On s'aperçoit très vite que la rigueur mathématique d'une conception purement quantitative de l'accessoire n'est sûre qu'en apparence. Immédiatement, les difficultés apparaissent :

— Il serait absurde de se contenter d'une différence de valeur ou de dimensions entre deux biens n'ayant entre eux rien de commun, pour faire jouer un phénomène d'attraction de l'un par l'autre. La notion d'accessoire prendrait une extension démesurée et, à la limite, de comparaison en comparaison, d'accessoire en accessoire, tout graviterait dans l'orbite d'un Principal unique et suprême ! Il est bien évident qu'il est encore nécessaire d'expliquer quel est le lien unissant l'accessoire au principal. La comparaison mathématique n'apporte rien à cet égard. Faut-il considérer

que la *major pars* et la *minor pars* doivent être les éléments constitutants d'une même chose ? Si l'on peut encore soutenir qu'une construction fait un avec le sol qui la porte, un jardin forme-t-il un tout avec une maison ? Et que dire du pedigree d'un animal ? Pourtant ce sont là des accessoires¹⁶. Mais où s'arrêter et comment caractériser la relation entre les deux éléments dont il faut mesurer l'importance ? Le critère quantitatif n'explique certainement pas tout et doit, à tout le moins, être complété par d'autres principes.

— A supposer résolue la question du lien qui doit unir l'accessoire au principal, la maxime *major pars trahit ad se minorem* devrait intervenir pour établir la hiérarchie entre les deux éléments et déterminer le sens de l'attraction. Mais sur quel terrain faire la comparaison quantitative ? S'agit-il de la valeur, du volume, du poids ?... Il faudrait encore établir un classement — que rien n'impose a priori — entre ces différentes méthodes qui peuvent aboutir à des résultats contradictoires. L'article 569 du Code civil, esquisse un tel classement... « est réputée principale (la chose) qui est la plus considérable en valeur, ou en volume si les valeurs sont à peu près égales ». Mais on peut douter de la possibilité de généraliser à partir des textes traitant de cette matière si peu pratique qu'est l'accession mobilière. D'ailleurs, si l'on veut bien lire l'article 569 en entier, on s'aperçoit qu'il ne suggère d'avoir recours à la comparaison des valeurs, et, subsidiairement, des volumes, que « si de deux choses unies pour former un seul tout, l'une ne peut point être regardée comme l'accessoire de l'autre », ce qui signifie que, pour les rédacteurs de ce texte, la notion d'accessoire était totalement distincte de celle de *minor pars* !

— En admettant même une prééminence de la comparaison des valeurs, qui semble l'opinion la plus répandue, la méthode n'est utilisable que dans un secteur relativement étroit. Assez aisée à mettre en œuvre tant qu'il s'agit de choses corporelles, elle devient bien plus délicate dès que l'on s'écarte de ce domaine : lorsqu'on dit qu'un bail à cheptel est accessoire d'un contrat de métayage¹⁷, un contrat de gemmage de pins, accessoire d'un bail à ferme¹⁸ ou que la fourniture d'un logement est accessoire d'un contrat de travail¹⁹, comment a-t-on procédé à l'estimation des

16. Le legs d'une maison emporte legs du jardin qui en est l'accessoire : Dijon, 1^{er} avril 1930, *D.P.*, 1931, 2, 152 ; Montpellier, 4 juin 1952, *D.*, 1952, 645.

L'acheteur d'un animal de race peut exiger du vendeur la remise, à titre d'accessoires, des papiers certifiant l'origine de l'animal : Rouen, 2 décembre 1892, *D.P.*, 1893, 2, 231 ; T. civ., Bayeux, 27 février 1925, *D.H.*, 1925, 398.

17. H.L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, III, n°s 1313 s.

18. R. Courrègelongue, « La condition juridique du gemmeur », *J.C.P.*, 1947, I, 642.

19. G. Vivier, *La fourniture de logement au salarié par l'employeur*, thèse, Nancy, 1949.

deux contrats en présence ? A-t-on évalué une des prestations, la somme des prestations ou le bénéfice retiré par les parties ? La formule *major pars trahit ad se minorem* ne fournit aucune indication.

D'ailleurs, aussi loin pousserait-on la vision matérialiste d'un monde où tout s'achète et se vend, on finirait toujours par rencontrer des obstacles à la réduction au dénominateur commun monétaire.

Le système de comparaison des valeurs présente manifestement des lacunes. Mais l'impossibilité d'identifier totalement la règle de l'accessoire à l'adage *major pars trahit ad se minorem* apparaît à l'évidence lorsqu'on est obligé de convenir qu'en droit positif l'attraction se fait parfois à l'inverse de la direction indiquée par le critère quantitatif. En un certain nombre d'hypothèses, la conception mathématique de l'accessoire se révèle inexacte.

B. — La conception exclusivement quantitative de l'accessoire est inexacte

15. — On connaît, par exemple, la jurisprudence relative au sort des plus-values d'un bien propre à l'un des époux sous un régime de communauté, que n'a pas démentie la loi du 13 juillet 1965. Naturellement, tant que l'augmentation de valeur du bien tient uniquement aux circonstances, il ne saurait être question de phénomène d'attraction. Tel fonds de commerce peut voir sa valeur nominale croître du simple fait d'une dépréciation monétaire sans que cette plus-value « fictive²⁰ » affecte sa qualité de bien propre. De même, sa valeur réelle peut augmenter par suite de l'évolution des goûts ou des besoins de la clientèle, des plus grandes facilités de communication ou de la croissance démographique qui déterminent une augmentation du chiffre d'affaires. La plus-value n'est qu'une « donnée comptable²¹ » qui n'a, en elle-même, aucune vocation à appartenir à un autre patrimoine. Il en va autrement si la plus-value provient de l'incorporation volontaire de revenus qui auraient dû tomber en communauté. On voit apparaître l'antagonisme entre le fonds initial propre et son accroissement dont l'origine tend à le faire entrer dans le patrimoine commun. Si le conflit devait se résoudre grâce au jeu de la règle *major pars trahit ad se minorem*, le sort du fonds tout entier dépendrait d'une comparaison entre la valeur des éléments propres originaires et celle des éléments communs incorporés postérieurement. Suivant que ces derniers sont de valeur inférieure ou supérieure, le fonds resterait propre ou deviendrait commun.

Or, ce système a été rejeté par une jurisprudence et une doc-

20. M. Riou, *Le fonds de commerce dans les régimes matrimoniaux*, thèse, Paris, 1950, p. 364.

21. *Ibid.*, p. 369.

trine unanimes qui ne font jouer l'attraction que dans un seul sens : *res crescit domino*²². Les formules des arrêts ne laissent planer aucun doute : « La plus-value s'incorpore au bien originaire et ne constitue pas un objet distinct²³. » « La plus-value d'un bien propre, constitutive d'un accroissement de celui-ci et faisant ainsi corps avec lui, ne peut, à la différence des produits d'un tel bien, ou des acquisitions provenant de son exploitation, tomber, par application de l'article 1498 du Code civil, dans la masse commune²⁴. »

C'est seulement dans les hypothèses où le bien aurait été transformé dans sa structure et sa nature mêmes qu'il pourrait devenir commun. La seule recherche à laquelle se livrent les juges a trait à l'identité du « noyau » propre accru postérieurement²⁵. Mais il n'est pas question de comparaison des valeurs²⁶.

16. — Du moins, pourrait-on soutenir que si un obstacle interdit de considérer l'élément de plus faible valeur comme un accessoire, la *major pars* ne peut subir l'attraction d'un élément de moindre importance.

Dans une telle situation, le mécanisme serait bloqué : d'un côté la règle *major pars trahit ad se minorem* bute sur un obstacle, d'un autre côté, il n'est pas question de renverser le rapport d'accessoire à principal tel qu'il est établi par une comparaison objective des valeurs²⁷.

22. V. par exemple, Planiol, Ripert, Boulanger, VIII, n° 469 ; A. Weill, *Encycl. Dalloz*, v° Communauté, n°s 878 s. ; H.L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, III, n° 165 ; M. Riou, thèse précitée, p. 368. Civ., 10 juin 1885, S., 1885, 1, 347. Paris, 5 juin 1928, *D.P.*, 1929, 2, 134 ; *G.P.*, 1928, 2, 770. Rennes, 9 juin 1928, *D.P.*, 1929, 2, 129, note Nast ; *G.P.*, 1928, 2, 574. Caen, 28 mars 1930, *D.H.*, 1930, 322. Douai, 26 janvier 1948, S., 1949, 2, 1, note Raynaud ; *J.C.P.*, 1950, II, 5438 bis, note Vouin. Montpellier, 11 juin 1958, *D.*, 1959, 10, note Legalcher-Baron.

23. Req., 25 octobre 1909, *D.P.*, 1910, 1, 257, rapport Fochier, note Binet ; S., 1911, 1, 361, note Naquet.

24. Civ., 22 octobre 1958, *Bull.*, 1958, 1, n° 443, p. 356 ; *D.*, 1959, somm. p. 41.

25. Cf. M. Riou, thèse, précitée, p. 207 s.

26. Le tribunal civil de la Seine a relevé, le 7 juin 1935 (*D.P.*, 1936, 2, 94, note H. Capitant) que, les éléments d'un fond de commerce propre ayant été incorporés dans une nouvelle maison de commerce « on ne peut prétendre qu'il y a eu amélioration d'un propre, plus-value restant propre, sauf récompense à la communauté conformément à l'article 1437, en vertu de la règle *accessorium sequitur principale*, puisque le principal du fonds n'existait plus qu'à titre d'accessoire de faible importance, à la suite d'une transformation opérée par (l'époux) lui-même durant la communauté ». Malgré les apparences, le Tribunal n'a pas ici consacré le critère mathématique de l'accessoire. Si la faible importance du fonds absorbé, par rapport à l'ensemble nouveau, est relevée, cette considération n'est destinée qu'à renforcer la constatation, essentielle, de la transformation de la structure du fonds.

27. On pourrait invoquer en ce sens, en matière de plus-value, un arrêt assez ancien de la Chambre des requêtes, maintes fois commenté

Ainsi en irait-il en matière d'accession immobilière. Dans le Code civil, le sol est considéré comme principal et tout ce qui se fixe ou s'incorpore au terrain appartient au maître du fonds. Sans doute, cette solution peut-elle encore paraître conforme à l'adage *major pars trahit ad se minorem*. C'est un lieu commun de rappeler que le Code, accueillant le postulat *res mobilis res vilis*, répété depuis le Moyen Âge, a fait de l'immeuble et plus particulièrement de la terre, l'élément essentiel des fortunes²⁸. Si le sol est toujours principal, n'est-ce pas parce qu'il avait, pour les rédacteurs du Code civil, a priori, la plus haute valeur ? Mais il arrive que l'on constate que, contrairement à ces prévisions, c'est le terrain qui est de valeur moindre. C'est alors qu'apparaîtrait le conflit paralysant le jeu de la règle de l'accessoire : les textes, demeurant inchangés, traitent le sol en principal, tandis que la comparaison des valeurs interdit de voir des accessoires dans des biens qui vaudraient plus que le principal. Aucun phénomène d'attraction ne serait plus possible.

Cette solution a été très nettement exposée par un arrêt de la Cour d'appel de Besançon du 14 décembre 1955²⁹ : des époux

(Req. 25 octobre 1909, *D.P.*, 1910, 1, 257, rapport Fochier, note Binet ; S., 1911, 1, 361, note Naquet ; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1910, 161, obs. E. Gaudemet) : Le sieur Alexandre Pellisson marié sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, avait fait apport à une société de valeurs propres. La société, constituée avec un capital de 8 160 F, prospéra. La valeur du fonds de commerce de la société s'accrut et, surtout, les associés investirent dans la société une grande partie des bénéfices. Si bien qu'à la liquidation de la société, Alexandre Pellisson reçut 2 350 000 F. La Chambre des requêtes considéra que sa part dans le fonds de commerce de la société, part évaluée à 75 000 F était propre, tandis que tout le surplus, correspondant à l'augmentation du capital social par l'incorporation volontaire de valeurs qui auraient dû tomber en communauté, était commune.

Ne peut-on dire que la Cour de cassation a considéré que l'apport originaire propre, ayant conservé son individualité, ne pouvait, à raison de ses caractéristiques, perdre sa qualité, mais que, d'un autre côté, la plus-value résultant de l'incorporation de bénéfices, étant de valeur supérieure au fonds initial, ne pouvait être considérée comme accessoire : Dès lors le mécanisme de l'attraction serait paralysé.

Mais cet arrêt a été sévèrement critiqué (v. les notes précitées ; J. Bernard, *De la plus-value des propres*, thèse, Paris, 1934, p. 54 s. ; M. Riou, thèse précitée, p. 370 s.). On a remarqué qu'il n'y avait pas de raison de distinguer entre le fonds de commerce lui-même et le reste de l'actif social. Surtout, il faut noter, au regard de la théorie de l'accessoire, que la Cour de cassation n'a absolument pas tiré argument de la différence des valeurs et que les motifs de son arrêt distinguent le fonds de commerce et sa plus-value d'une part, et le capital social accru par incorporation de bénéfices d'autre part, sans faire la moindre allusion à l'impossibilité de considérer ce dernier comme accessoire en raison de sa trop grande importance.

28. J.L. Barthou, *De l'origine de l'adage Vilis mobilium possessio et de son influence sur le Code civil*, thèse, Paris, 1886.

29. *J.C.P.*, 1957, II, 9706, note A. Ponsard ; *D.*, 1957, 358, note E.S. de la Marnierre. *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1957, 102 obs. H. Desbois.

étaient mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts. En 1914 et 1920, le mari avait fait édifier, sur un terrain lui appartenant en propre, deux bâtiments, payés avec les deniers communs. A la dissolution de la communauté par suite du décès du mari en 1951, le notaire, considérant les édifices comme des propres du mari, établit un procès-verbal d'état liquidatif prévoyant à la charge de la succession du mari une récompense correspondant aux frais exposés par la communauté lors de la construction³⁰. C'était voir dans les bâtiments des accessoires du terrain propre.

Mais les constructions avaient une valeur bien supérieure au sol sur lequel elles étaient bâties. Aussi, la Cour de Besançon refusait-elle de faire jouer l'accession, relevant très nettement qu'on ne pouvait considérer comme « accessoires » des biens de valeur supérieure au « principal » : « Attendu qu'il est constant que la valeur des constructions édifiées est de près de dix fois supérieure à celle du terrain, ce qui, écartant *ipso facto* l'idée de plus-value, fait apparaître celle de l'adjonction d'un bien nouveau, plus considérable que le propre et, comme tel, selon une doctrine et une jurisprudence constantes, ressortissant au patrimoine commun ; attendu en effet que les notions d'accroissement, d'annexe et de dépendance doivent être nécessairement exclues par cette seule mais décisive constatation que, sur un terrain nu, donc de destination ou d'affectation incertaine, il a été édifié deux immeubles à usage d'habitation d'une valeur actuelle de plus de 3 000 000 de F, le sol étant lui-même estimé à la somme de 350 000 F selon une expertise en l'état non contestée du 15 décembre 1954 ; que de la double considération ci-dessus, il échet de retenir seulement la valeur vénale respective du terrain et des bâtiments, pour rejeter aussitôt la notion d'accession, laquelle ne pourrait se dégager que de l'application de l'adage *accessorium sequitur principale*, situation qui, en l'espèce, est précisément l'inverse de celle qui est requise. »

Tirant de surcroît argument de l'intention des parties, la Cour décida que si le terrain restait propre, les constructions étaient communes : « Attendu que les faits de la cause sont caractérisés par l'adjonction à un bien propre d'un élément immobilier entièrement nouveau et distinct qui ne peut pas être — du moins juridiquement — considéré comme incorporé au premier, eu égard, d'une part, à la différence de leur nature, de leur importance, de leur

30. Cette solution était conforme à la jurisprudence appliquant les règles de l'accession immobilière dans le cadre des régimes matrimoniaux. On notera que le nouvel article 1406, résultant de la loi du 13 juillet 1965, en décidant que « forment des propres, sauf récompense s'il y a lieu, les biens acquis à titre d'accessoires du bien propre... » n'infirme pas cette jurisprudence, mais laisse entière la question de la détermination des accessoires. Si donc, en raison de leur valeur, les constructions ne pouvaient être qualifiées d'accessoires, la règle de l'article 1406 n'aurait pas à jouer.

estimation, d'autre part à la possibilité d'exercice sur le second conservant son individualité juridique, d'un droit privatif de propriété, dit de superficie, sans emprise sur le sol lui-même et dont la valeur estimative pourra ressortir d'une ventilation du prix global consécutive à une adjudication éventuelle. »

Autrement dit, le sol n'est pas un accessoire, parce que le Code civil s'y oppose, mais les bâtiments ne sont pas accessoires non plus, en raison de leur grande valeur. L'accession, application de la règle de l'accessoire, est donc écartée.

17. — Cette position qui repose entièrement sur une conception purement quantitative de l'accessoire est extrêmement critiquable et se trouve contredite par le droit positif.

Les commentateurs de l'arrêt ont souligné combien la solution de la Cour de Besançon était fâcheuse au point de vue pratique : attribuer à la communauté un droit de superficie revient, en fait, à sacrifier l'époux demeuré propriétaire du sol, qui ne pourra en tirer la moindre utilité. L'existence de deux propriétés superposées risque de faire naître des conflits très délicats³¹. Pour dénouer la situation complexe créée par la paralysie de la règle de l'accessoire, on ne voit guère que l'issue de la licitation, solution à laquelle l'arrêt lui-même semble favorable³². Mais est-ce possible ? Il n'y a pas d'indivision entre le superficiaire et le maître du tréfonds³³. Certes, une jurisprudence bien connue « admet la licitation en pleine propriété d'un immeuble sur lequel s'enchevêtrent des droits d'usufruit et de nue-propriété, bien qu'il n'existe entre les titulaires aucune indivision, puisque les droits sont de nature différente³⁴ ». Il serait tout de même regrettable de devoir étendre cette solution qui fait violence aux principes.

Dira-t-on que toute la responsabilité incombe aux rédacteurs du Code civil qui ont cru pouvoir affirmer que la valeur du sol l'emporterait toujours sur celle des autres biens, alors que l'évolution économique a démenti leurs prévisions ? Si, réellement, la maxime *major pars trahit ad se minorem* devait s'imposer dans l'accession immobilière, le Code civil n'aurait fait qu'établir une présomption de la plus grande valeur du sol. C'eût été parfaitement inutile. « Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu³⁵. » Or, ici, les valeurs des biens

31. Cf. Planiol, Ripert, Picard III, n° 331.

32. E.S. de la Marnierre, note précitée, *D.*, 1957, 358.

33. A. Ponsard, note précitée, *J.C.P.*, 1957, II, 9706.

34. P. Voirin, note sous 1^{re} Civ., 5 janvier 1966, *J.C.P.*, 1966, II, 14592. Cf. H.L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, IV, n° 1621 ; Beudant, Voirin, *Les biens*, n° 418 ; Civ., 27 novembre 1918, *D.P.*, 1922, I, 238 ; S., 1920, I, 172 ; Req. 20 juillet 1932, *D.P.*, 1933, I, 113 ; Req. 19 juillet 1933, *G.P.*, 1933, 2, 754 ; 1^{re} Civ., 21 juin 1954, *J.C.P.*, 1955, II, 8574 ; *G.P.*, 1954, 2, 221 ; 1^{re} Civ., 26 novembre 1956, *J.C.P.*, Ed. N. 1957, II, 10328 ; *G.P.*, 1957, I, 127.

35. Article 1349 du Code civil.

en présence sont parfaitement connues ou, en tout cas, faciles à déterminer directement.

Il a d'ailleurs été montré que la situation privilégiée faite dans notre droit aux immeubles et au sol en particulier ne tient pas qu'à des causes économiques. On a souligné leur « plus grande vertu d'enracinement ³⁶ ». De plus, il serait exagéré de croire que les rédacteurs du Code civil, à une époque où les théories des physiocrates étaient en recul ³⁷, n'aient vu de véritable valeur que dans le sol. En 1804, déjà, il était possible de voir certaines constructions coûter plus cher que le sol sur lequel elles étaient édifiées ! Si l'idée d'une certaine prédominance économique du sol n'est sans doute pas absente de la réglementation du Code civil, elle n'est sûrement pas la seule à justifier les solutions admises et il faut rechercher au delà d'une simple comparaison des valeurs l'explication du régime de l'accession immobilière.

La jurisprudence constante de la Cour de cassation montre d'ailleurs sans aucune équivoque que c'est toujours le sol qui attire la propriété des biens qui viennent s'y incorporer, quelle qu'en soit la valeur. Il n'est donc pas étonnant que la première section civile ait censuré l'arrêt de la Cour de Besançon ³⁸. Cette solution, calmant l'émotion causée dans le notariat par l'arrêt cassé ³⁹, marque la ruine d'une tentative erronée d'extension de la conception mathématique de l'accessoire.

Il ne s'agit là que d'un exemple. Mais il est inutile de multiplier les arguments et d'accumuler les références. Le critère de l'accessoire ne peut être recherché uniquement dans des données mathématiques. La règle de l'accessoire ne peut se réduire entièrement à l'adage *major pars trahit ad se minorem*.

Cela ne signifie pas que la comparaison quantitative ne joue jamais aucun rôle. Seulement, il est certain qu'il faut encore poursuivre les investigations dans une autre direction.

§ 3. — La notion d'accessoire au sens strict : caractères généraux.

18. — Puisqu'il faut reprendre la question à la base, un bon point de départ est l'examen de la signification des termes employés.

« Pour leur donner la fixité et la consistance indispensables à une action efficace sur les réalités, il faut, les coulant dans le moule de la parole ou du langage, faire passer les concepts en mots et en formules ⁴⁰. » C'est pourquoi on aurait tort de négliger, à propos des notions d'accessoire et de principal, l'étude des mots

36. J. Carbonier, *Droit civil*, II, p. 49.

37. *Ibid.*, p. 60.

38. 1^{re} Civ., 30 décembre 1959, *Bull.*, 1959, I, n° 569, p. 468 ; *J.C.P.*, 1960, II, 11567, note H. B. ; *D.*, 1960, 166 ; *Journ. Not.*, 1960, art. 46147, p. 320, note A. Raison.

39. A. Raison, *loc. cit.*

40. F. Génys, *Science et technique*, I, n° 51, p. 150.

eux-mêmes. Certes, « souvent le mot déforme quelque peu la pensée parce qu'il est une technique d'expression de la pensée et non la pensée elle-même ⁴¹ ». Mais, sans perdre de vue « que le langage est véritablement impuissant à transmettre les représentations de l'esprit, qu'il ne sert que d'intermédiaire, de moyen, pour éveiller, chez ceux à qui il s'adresse, une pensée analogue à celle qui s'est formée en celui qui l'emploie ⁴² », il faut au moins lui permettre de remplir cette fonction. Les mots sont riches « du *savoir potentiel* que leur communique leur participation aux concepts ⁴³ ». Plus simplement, il est certain que si les termes d'accessoire et de principal ont été judicieusement choisis, ils doivent insister sur un trait caractéristique et singulier de l'idée qu'ils désignent. D'autant plus qu'ici, au « mot qui exprime le concept dans son unité et sa simplicité » se joint « la formule qui en traduit l'agencement et la combinaison avec d'autres concepts pour en faire un ensemble plus complet ⁴⁴ ». L'accessoire et le principal sont reliés entre eux par la formule *accessorium sequitur principale* qui souligne l'aspect des choses qu'il convient de considérer. Les notions d'accessoire et de principal ne doivent pas être envisagées isolément. C'est d'un *rapport* d'accessoire à principal qu'il s'agit.

Les images qu'évoquent les vocables « principal » et « accessoire » sont floues. A tel point que nous avons déjà rencontré plusieurs acceptions différentes de ces termes qui, dans le langage courant, demeurent assez vagues. Mais, si l'on serre l'examen des mots d'un peu plus près, leur signification se précise. A cet égard l'étymologie est révélatrice. Sans se dissimuler qu'« elle ne fournit jamais qu'un point de départ ⁴⁵ » sa valeur indicatrice ne peut être négligée.

Dans « principal », il y a *princeps*, premier. Mais de quel ordre de priorité s'agit-il ? On peut y voir le signe d'une prépondérance, qui peut elle-même venir d'une plus grande importance quantitative, comme de toute autre cause de préférence. Il peut aussi être seulement question d'une antériorité dans le temps, le principal précédant chronologiquement l'accessoire.

Le mot « accessoire » est plus révélateur. *Accedere* signifie « s'ajouter à » et « s'approcher ». Il y a là des indications intéressantes. L'accessoire est une chose qui s'ajoute à une autre, et, comme on ne peut ignorer la formule qui relie les deux mots, il est clair que c'est au principal que l'accessoire se joint ainsi. L'expression ne fait pas naître l'idée d'infériorité, mais celle de complémentarité, ou du moins, car il faut être prudent, celle de superposition ou d'addition. L'image se précise déjà.

41. R. Perrot, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, thèse, Paris, 1947, n° I, p. 4.

42. F. Génys, *Science et technique*, III, n° 256, p. 459.

43. *Ibid.*, I, n° 51, p. 151.

44. *Ibid.*, I, n° 51, p. 150.

45. *Ibid.*, III, n° 256, p. 461.

D'autant plus que le terme évoque une perspective dynamique. Alors que le mot « principal » n'indique aucun mouvement, l'accessoire est ce qui « s'approche ». C'est lui qui *vient* s'ajouter au principal. L'opposition entre les deux mots est assez nette. Le principal apparaît comme le point ferme sur lequel se fixe l'accessoire, ce qui correspond d'ailleurs à l'idée d'antériorité chronologique du principal. On voit d'abord une chose immuable, le principal ; puis apparaît une chose nouvelle qui vient s'ajouter à la première : l'accessoire.

Une fois que l'accessoire est ainsi venu s'ajouter au principal, il ne s'en sépare plus : *accessorium sequitur principale*. Mais, à l'idée d'un lien entre les deux éléments s'ajoute celle d'une hiérarchie ; l'accessoire n'est qu'un complément, un supplément. Il suit le principal auquel il est joint, il ne peut l'entraîner. Est-ce à dire que l'accessoire doit être quantitativement inférieur au principal ? Les termes d'accessoire et de principal ne suggèrent rien de tel, mais bien plutôt que c'est dans les particularités de la liaison entre les deux termes du rapport qu'il faut voir l'explication de cette hiérarchie.

Envisagée sous cet angle, la distinction entre l'accessoire et le principal ne tient pas à une différence de valeur, mais à la relation originale unissant les deux éléments, à la manière dont l'accessoire vient s'ajouter au principal.

Deux séries d'hypothèses réalisent une liaison répondant aux conditions que laisse entrevoir l'examen des mots « accessoire » et « principal » ; deux modalités très différentes et qui, cependant, permettent de préciser les traits d'une unique notion d'accessoire. En effet, ce n'est pas une des moindres originalités de ce concept que de révéler les points communs de deux situations apparemment antithétiques.

A. — La double origine du rapport d'accessoire à principal

La liaison entre l'accessoire et le principal résulte tantôt de l'affectation, tantôt de la « production ». Nous allons nous en expliquer.

19. — a) L'affectation de l'accessoire au service du principal. Pourquoi l'accessoire vient-il se joindre au principal ?

Ce peut être parce que tel est *son but*. L'accessoire est, en effet, très souvent affecté au service du principal.

Quels sont, par exemple, les accessoires d'une automobile, visés, comme tels dans les annonces publicitaires ? Des phares supplémentaires, des galeries porte-bagages, des « enjoliveurs »... Toutes sortes d'équipements destinés à améliorer la sécurité, le confort, la commodité d'emploi ou l'apparence extérieure du véhicule. De tels accessoires *doivent*, pour remplir leur but, être joints à une automobile. En eux-mêmes et pris isolément, ils ne servent

à rien. Adaptés à l'automobile qui joue ici le rôle de principal, ils en augmentent l'agrément ou en facilitent l'utilisation. Sans doute, dans cet exemple, existe-t-il une importante différence de valeur entre le principal et l'accessoire. Mais cette différence n'établit aucun lien entre eux, alors que si l'on considère la destination des accessoires, on voit qu'ils n'ont été créés qu'en vue d'être joints à l'automobile et que, par là, leur sort se trouve inscrit dans leur nature même.

On pourrait multiplier de tels exemples. Et ce n'est pas seulement à propos des accessoires désignés par la langue vulgaire qu'apparaît l'idée d'affectation au service du principal.

C'est encore dans les articles, si souvent oubliés, régissant l'accession mobilière que l'on trouve les indications les plus précises concernant la notion d'accessoire. Si l'article 569 fait appel à la comparaison des valeurs à titre subsidiaire « lorsque des deux choses... l'une ne peut être regardée comme l'accessoire de l'autre », l'article 567 vise le rapport d'accessoire à principal : « Est réputée partie principale celle à laquelle l'autre n'a été *unie que pour l'usage, l'ornement ou le complément de la première*. »

L'idée d'affectation apparaît d'ailleurs dans des matières beaucoup moins poussiéreuses. Il est admis par tout le monde que les sûretés sont des accessoires de la créance qu'elles garantissent⁴⁶. Or, l'article 2114 définit l'hypothèque comme « un droit réel sur des immeubles *affectés* à l'acquittement d'une obligation ».

De même, les servitudes sont unanimement considérées comme des accessoires du fonds dominant⁴⁷. L'idée d'affectation est clairement exprimée à l'article 637 : « une servitude est une charge imposée sur un héritage pour *l'usage et l'utilité* d'un héritage appartenant à un autre propriétaire... ».

Il n'est pas question de dresser une liste exhaustive des accessoires, catalogués comme tels, dont on peut relever l'affectation au service du principal. Il suffit de reconnaître que cette situation existe et se rencontre fréquemment.

20. — Ce qu'il faut souligner, c'est combien cette affectation réalise exactement la liaison originale caractéristique du rapport d'accessoire à principal.

— D'abord, c'est bien l'accessoire qui vient s'ajouter au principal pour le compléter ou l'agrémenter, et non l'inverse. Le principal poursuit son propre but, qui ne le rapproche pas spécialement de telle ou telle autre chose. Au contraire, la destination assignée à l'accessoire le conduit à se joindre au principal qu'il doit servir. L'accessoire ne peut remplir son but que s'il s'ajoute au principal. Dans l'adjonction de l'accessoire au principal, ce dernier est passif, il bénéficie seulement de l'apport de l'accessoire.

46. Beudant-Voirin, XIII, n° 23.

47. J. Carbonnier, II, n° 51, p. 169.

— On s'aperçoit, ensuite, que le but particulier de l'accessoire n'explique pas seulement l'union entre le principal et l'accessoire, mais la hiérarchie entre eux qu'évoque la formule *accessorium sequitur principale*. Une communauté de buts ou une affectation réciproque pourrait justifier une liaison plus ou moins étroite entre deux éléments. Ici, l'affectation est unilatérale : l'accessoire est au service du principal ; le principal n'est pas destiné à l'amélioration de l'accessoire. La prépondérance du principal par rapport à l'accessoire apparaît au niveau des buts qui leur sont fixés : le principal poursuit une certaine fin. C'est ce but qui est essentiel et qu'il importe d'atteindre. C'est pour faciliter la réalisation de cet objectif qu'un accessoire est adjoint au principal. L'ensemble formé par la réunion du principal et de l'accessoire vise alors le but qui était déjà celui du principal seul. L'accessoire a donc en définitive la même fin que le principal, mais il ne peut atteindre ce but qu'*indirectement*, au travers du principal dont le service est son but direct.

Ainsi, dans notre premier exemple, l'automobile équipée de ses accessoires sert à transporter des passagers. De cette façon, le but des accessoires est, sans doute, finalement, le transport des passagers. Mais un phare anti-brouillard ou un porte-bagages ne peuvent servir ce but qu'indirectement, grâce à l'automobile elle-même. Leur destination directe est le service du véhicule. La primauté du principal apparaît évidente au regard des buts poursuivis. Le résultat recherché, seul le principal est capable de l'atteindre. L'accessoire se place à un niveau plus humble.

Naturellement, il faut se garder de vues trop grandioses. Les fins s'enchaînent et, à la limite, on pourrait voir une superposition infinie de rapports d'accessoire à principal. Pour être techniquement utilisable, le but considéré doit être précis, et, partant, envisagé d'un point de vue concret et limité. « Dans l'ordre des fins, si l'on accepte malaisément, d'accord, les fins supérieures, desquelles dépend, littéralement parlant, la conduite humaine, on s'entendra bien souvent, sans trop de heurts, sur certaines « fins intermédiaires », qui se prêtent mieux à l'harmonie des volontés, parce qu'elles sont plus rapprochées de nous, et qui suffisent, en somme, à suggérer les pratiques nécessaires⁴⁸. » Le but dont il est question dans l'affectation se situe sur le plan de ces « fins intermédiaires », « seules aptes à suggérer les règles juridiques en les rapportant à un objectif précis, concret, et jugé évident pour la conscience⁴⁹. »

48. F. GénY, *Science et technique*, II, n° 164, p. 363.

49. *Ibid.*, II, n° 77, p. 46. GénY ne souscrit pas entièrement à la formule que nous rapportons et qu'il utilise pour résumer certaines doctrines plus ou moins dérivées des théories de Jhering. Mais sa critique porte sur la construction générale d'un système de Droit qui n'aurait pour seules bases que ces « fins intermédiaires » (p. 48). Il est évident que, nous plaçant à un point de vue beaucoup moins élevé, nous n'entendons pas prendre parti dans une telle controverse.

Même ainsi maintenue dans les limites raisonnables, la destination est à l'origine de nombreux rapports d'accessoire à principal. Mais, si cette forme de liaison est la plus répandue, elle n'est pas la seule et, en face de l'affectation, il faut signaler la situation qui lui est en quelque sorte diamétralement opposée : la « production ».

b) La « production » de l'accessoire par le principal.

21. — Le terme « production » fait immédiatement songer à l'apparition des fruits, et il est vrai que le rapport entre les fruits et la chose frugifère est parfois présenté « comme une hypothèse particulière de la relation de principal à accessoire ⁵⁰ ». Aussi est-ce sur cet exemple que nous allons raisonner.

« Est fruit tout bien *accessoire* qui sort périodiquement d'un bien principal, sans que la substance de celui-ci s'en trouve diminuée ⁵¹. » Or, il est manifeste que les fruits ne sont pas au service de la chose frugifère. Ils ont un but qui leur est propre. Les revenus, destinés aux dépenses courantes, se séparent nettement, à cet égard, du capital que constitue la chose productrice. Pourtant, on peut encore voir ici un rapport d'accessoire à principal qui ne doit rien à la comparaison des valeurs.

Si l'on prend l'exemple des fruits pendants par branches et par racines, la liaison entre le « principal » et les « accessoires », qui se traduit par une adhérence matérielle, est évidente. Mais peut-on parler d'accessoire « ajouté » au principal ? Ne s'agit-il pas plutôt d'une fraction de la chose frugifère elle-même ? N'est-on pas en présence de la « division » d'une chose, fort éloignée de l'idée d'« addition » qu'évoque le terme « accessoire ⁵² » ?

C'est certainement le cas des produits. Aussi bien ne songe-t-on pas à en faire des accessoires. Pourquoi en va-t-il autrement des fruits ?

« C'est parce qu'il revient périodiquement et qu'il ne diminue pas la substance du capital que le fruit se distingue du produit ⁵³. »

La périodicité peut être une caractéristique importante pour la distinction entre le capital et les revenus et justifier la destination particulière des fruits. On conçoit qu'il paraisse normal de consacrer des ressources qui sont perçues régulièrement à des dépenses qui se répètent avec la même régularité. Seulement, par elle-même, cette périodicité ne renseigne pas beaucoup sur les rapports entre les fruits et la chose frugifère : on peut très bien voir une chose se diviser à intervalles fixes et ainsi se réduire progressivement jusqu'à l'anéantissement complet.

50. J. Carbonnier, II, n° 22, p. 65.

51. *Ibid.*

52. Comp. Demolombe, IX, n° 573.

53. J. Carbonnier, II, n° 22, p. 66.

Mais l'autre trait distinctif des fruits est essentiel au regard de la notion d'accessoire. En principe, les fruits n'altèrent pas la substance de la chose frugifère ; ils ne la diminuent en rien ⁵⁴. Une fois les fruits détachés, le fonds producteur reste inchangé, identique à lui-même. Cela signifie donc que, lorsqu'ils étaient attachés à la chose frugifère, les fruits en constituaient un accroissement, un supplément. Ils y étaient « ajoutés ». D'ailleurs, les fruits pendants par branches et par racines sont individualisés dès avant leur séparation. Ils sont des choses distinctes qui ne se confondent pas avec le fonds producteur malgré le lien qui les unit ⁵⁵.

54. La périodicité est d'ailleurs un indice que le fonds producteur ne se consomme pas lui-même.

55. Contra, Demolombe IX, n° 573 : « Il n'y a pas deux choses : l'une principale ; l'autre accessoire ; il n'y a pas : 1° le sol ; 2° les fruits, les arbres ou les blés, etc. Il n'y a pas : 1° la femelle ; 2° la part qu'elle porte dans son sein. Il n'y a qu'un seul être et qu'un objet unique... » Ce n'est pas une vue réaliste des choses. Comment soutenir que les arbres ou les récoltes *sont* le sol ?

A dire vrai, les exemples de Demolombe sont mal choisis, mais son observation n'est pas toujours inexacte. Le sol peut toujours être distingué de ce qu'il porte et la production des récoltes par un fonds est l'hypothèse-type de la superposition de deux choses distinctes dont l'une est accessoire de l'autre. Mais il est vrai que tous les fruits ne sont pas dans la même situation. Ceci tient aux interférences de la notion de revenus. Le droit positif place au premier rang le caractère de périodicité et l'on connaît ainsi des « fruits par destination » (Ch. Croizat, *La notion de fruits en droit civil, en droit commercial et en droit fiscal*, thèse, Lyon, 1925) qui doivent leur qualification de fruits à un aménagement volontaire de la chose affectée à la production d'un revenu régulier, soit que la chose productrice se consomme extrêmement lentement — c'est le cas des carrières aménagées — soit qu'elle se renouvelle elle-même — c'est le cas des forêts en coupe réglée. Dans ces hypothèses, il n'y a pas de rapport d'accessoire à principal parce que les fruits en question sont bien des fractions de la chose productrice elle-même ; ils ne sont individualisés que par leur séparation ; ils n'étaient pas « ajoutés » au « principal ».

Prenons le cas des arbres de haute futaie. Ils sont bien produits par le sol ; ils s'y ajoutent ; ils en sont des accessoires. S'ils ne sont pas des fruits, c'est en raison de leur trop long délai de maturation qui interdit de parler de périodicité à l'échelle humaine ce qui les exclut de la catégorie des revenus.

Mais les arbres sont des fruits s'ils sont tirés d'une forêt aménagée. « La mise en coupe réglée se définit comme une exploitation zone par zone et non comme une coupe totale, les secteurs de coupe étant distribués de manière à obtenir des coupes rapprochées tout en laissant le bois atteindre sa plus grande hauteur. » (T.G.L., La Rochelle, 7 décembre 1965, J.C.P., 1966, II, 14670, note H. Bulté.) On s'aperçoit qu'un déplacement s'opère : la chose frugifère considérée n'est pas le sol mais la forêt, prise dans son ensemble. Cette forêt représente à un moment donné un certain volume de bois. Or chaque arbre croît et son volume augmente régulièrement. Il est impossible d'individualiser et de détacher la croissance annuelle d'un arbre. Mais il est possible de maintenir constant le volume de bois de la forêt en procédant à un abattage zone par zone et en plantant de jeunes arbres à l'emplacement des coupes. Si l'exploitation est bien réglée, le volume de bois abattu à chaque coupe correspond exacte-

Ce lien établit un rapport d'accessoire à principal. En effet, non seulement les fruits « s'ajoutent » à la chose qui les porte, mais les conditions dans lesquelles se réalise cette union révèlent la hiérarchie entre les deux éléments.

Cette hiérarchie ne se situe pas au plan des buts, mais de la structure même du principal et de l'accessoire. Le fonds se suffit à lui-même ; les fruits doivent leur existence à la chose productrice. Le principal permet à l'accessoire de naître et le soutient. Ainsi apparaît la dépendance de l'accessoire à l'égard du principal. Que l'on cueille des fruits d'un arbre, l'arbre subsiste ; mais que l'on abatte l'arbre et les fruits qu'il porte se dessèchent. L'union de l'accessoire au principal le place en même temps dans une position subordonnée.

22. — Ceci implique des précisions importantes :

— Immédiatement, on voit que la « production » d'un accessoire par le principal doit s'entendre de façon très étroite. Il ne s'agit pas simplement d'un lien de cause à effet : l'effet est détaché de sa cause ; l'accessoire doit son *existence* au principal, en ce sens qu'il ne subsiste que grâce au soutien *constant* du principal. Dans ce cas seulement est établie la liaison intime et hiérarchisée caractéristique du rapport d'accessoire à principal. Il y a donc quelque chose de plus qu'un lien de causalité. Le principal n'est pas qu'une condition, fût-elle déterminante, de l'apparition de l'accessoire ; il est aussi la condition de sa survie.

Le rapport d'accessoire à principal dérivant de la « production » est proche d'un rapport de causalité. Il faut cependant l'en distinguer. Le critère est assez aisé à découvrir. Dans les deux cas, pour analyser la situation, on procède par voie de *soustraction*. On retire la cause ou le principal supposés et l'on voit si l'effet se produit ou si l'accessoire subsiste.

Mais, lorsqu'il s'agit de causalité, c'est une opération *abstraite* parce qu'il faut *remonter dans le temps* pour imaginer ce qui se produirait si l'on supprimait une des conditions de l'événement

ment à l'accroissement de volume de l'ensemble des autres arbres entre deux coupes. Si bien que l'on trouve toutes les caractéristiques des fruits : les coupes sont périodiques et la forêt, envisagée globalement, ne diminue pas ; elle se reconstitue elle-même. Cependant, les arbres ne sont pas des accessoires de la forêt ; ils en font partie, ils ne s'y ajoutent pas. Ce qui « s'ajoute » c'est un certain volume de bois dû à la croissance des arbres, mais on ne peut y voir un accessoire car ce n'est pas une chose distincte. Ici, l'observation de Demolombe est exacte. Les fruits (les arbres) font partie de la chose (la forêt). Mais elle est inexacte si l'on considère le rapport entre les arbres et le sol : les arbres ne font pas partie du sol dont ils sont des accessoires.

Tous les fruits ne sont donc pas des accessoires de la chose frugifère ; tous les accessoires produits par une chose ne sont pas des fruits. Ce qui compte est la forme de liaison permettant de voir un accessoire « ajouté » au principal.

considéré. C'est d'ailleurs parce qu'il est impossible de réaliser l'opération en fait que les théories se partagent sur la manière de reconstituer un enchaînement de faits imaginaires. Equivalence des conditions ? Causalité adéquate ? On ne pourra jamais vérifier expérimentalement le rapport de causalité. Ceci, parce qu'au moment de l'examen, la cause a produit son effet. Il n'est pas possible d'y revenir. Ou la cause n'existe plus, ou, si elle existe encore, sa suppression actuelle est sans incidence sur un effet déjà produit⁵⁶.

Au contraire, lorsqu'il s'agit d'un rapport d'accessoire à principal, l'expérience peut se réaliser *concrètement*. L'accessoire doit son existence au soutien permanent du principal. Si donc, au moment même de l'examen, on supprime le principal, l'accessoire ne peut subsister⁵⁷. Il n'y a pas à tenir compte de faits passés. Le rapport d'accessoire à principal est un état présent. Si le prétendu accessoire survit, c'est qu'il n'a pas besoin de support ; ce n'est pas un accessoire.

Lorsqu'il s'agit de fruits, le rapport d'accessoire à principal est donc rompu une fois que les fruits sont détachés. Leur sort peut être envisagé de façon indépendante. C'est d'ailleurs ce qui se passe en principe. Les revenus ne sont pas soumis au régime du capital. A l'égard de la chose frugifère, il subsiste un certain rapport d'effet à cause ; pas un rapport d'accessoire à principal.

— Il faut encore remarquer que le mot « production » utilisé pour caractériser cette modalité de jonction de l'accessoire et du principal doit bien être entendu au sens d'*action de faire exister*. C'est pourquoi nous écrivons ce terme entre guillemets. L'image qu'évoque le mot est un peu trop précise. On voit littéralement l'accessoire sortant des entrailles du principal. Mais, ni l'expression, ni l'exemple des fruits ne doivent faire illusion. Il n'y a pas à distinguer suivant que les éléments constitutifs de l'accessoire sont tirés du principal lui-même ou proviennent, dans une certaine proportion, de l'extérieur. Certes, les fruits tirent une partie de leur substance du fonds qui les porte. Ce n'est pas le point essentiel. D'ailleurs le Droit néglige cette matière qui passe de la chose productrice aux fruits, puisqu'il considère que la production des fruits ne diminue pas la substance du sol. La terre seule ne

56. C'est bien parce que l'effet succède à la cause dans le temps qu'il est possible de considérer qu'il n'y a pas rétroactivité à appliquer une loi nouvelle aux effets à venir d'une situation antérieurement constituée, mais seulement effet immédiat de la loi (cf. P. Roubier, *Le droit transitoire*, 2^e éd., 1960). Il ne serait pas possible de tirer parti d'un rapport d'accessoire à principal pour faire remonter l'application d'une loi nouvelle au moment de l'apparition de l'accessoire.

57. Il n'est évidemment pas possible de supprimer effectivement le sol (*infra*, n° 28). Mais on pourrait modifier sa forme. Le sol n'est d'ailleurs pas le seul principal « produisant » des accessoires et, en d'autres matières, la suppression du principal peut être réalisée expérimentalement.

produit pas de fruits. Il faut y incorporer au moins des semences, de l'eau, souvent du travail... Mais les éléments qui proviennent « du dehors » ne peuvent à eux seuls créer l'accessoire. Il manque quelque chose que seul le principal peut fournir. Une récolte demande peut-être qu'on rassemble des graines, des engrais, beaucoup de soins... Cependant c'est dans la terre qu'on met les semences, c'est sur la terre qu'on répand les engrais, c'est la terre qu'on travaille. Le principal joue en quelque sorte le rôle de catalyseur. Il est un intermédiaire nécessaire. Il faut passer par le principal pour que l'accessoire existe.

Si bien que le rapport de production ne se limite pas à une union matérielle. Les fruits pendants par branches et par racines doivent moins au principal leur substance — cet aspect est, en droit, négligeable — que la *vie*. Le principal « produit » l'accessoire quand il le « fait exister », non pas tant parce qu'il lui fournit telle ou telle fraction de la matière qui le constitue que parce qu'il lui rend *un service* irremplaçable : d'éléments épars il fait une chose nouvelle. Tant que cette chose a besoin de ce service, elle est accessoire, car elle *doit* être jointe au principal pour exister.

C'est donc une liaison beaucoup plus subtile qu'une simple union physique entre les deux éléments qui constitue ici le rapport d'accessoire à principal. A cet égard, elle se situe sur un plan voisin de l'union qui tient au but de l'accessoire affecté au service du principal. Le rapprochement va beaucoup plus loin. En effet, il est maintenant possible de souligner les traits communs entre ces deux relations a priori si différentes, et montrer qu'une même notion d'accessoire, une même notion de principal, conviennent aux situations aussi opposées que celles qui sont issues de la « production » de l'accessoire par le principal ou de l'affectation de l'accessoire au service du principal.

B. — L'unité de la notion d'accessoire

L'accessoire s'ajoute au principal et lui est subordonné. Dès le départ, ces traits sont apparus caractéristiques du rapport d'accessoire à principal. Or, si l'on s'efforce de les préciser quelque peu, on s'aperçoit qu'il n'est pas étonnant qu'ils se retrouvent aussi bien dans le cas d'affectation de l'accessoire au service du principal que dans l'hypothèse de la « production » de l'accessoire par le principal.

Dans les deux cas, la jonction de l'accessoire au principal présente cette particularité de placer l'accessoire dans une position intermédiaire entre l'indépendance totale et l'assimilation complète au principal. L'affectation comme la « production » réalisent cet équilibre délicat et souvent précaire. Et cette liaison originale permet de comprendre pourquoi l'accessoire a vocation à suivre le sort du principal.

Ces traits caractérisent la notion d'accessoire.

a) La position intermédiaire de l'accessoire, entre l'indépendance et l'assimilation au principal.

23. — L'accessoire s'ajoute au principal. Dans l'affectation, c'est son but qui le rapproche du principal ; dans la « production » c'est sa structure même qui le lie au principal auquel il doit son existence.

Mais l'accessoire ne se confond pas avec le principal. Il est individualisé. Affecté au service du principal, seul son but le relie au principal, sa structure l'en distingue ; produit par le principal il lui est lié par sa structure mais reste identifiable et poursuit un but qui lui est propre, totalement distinct de celui du principal.

Les deux hypothèses sont en quelque sorte symétriques. Bien que la position relative de l'accessoire et du principal soit très différente dans les deux cas, elle présente des caractères communs : ni séparation, ni absorption, c'est une situation intermédiaire qui correspond exactement à l'image qu'évoque le vocable « accessoire ». Ajouté au principal, l'accessoire lui est lié, mais ne s'y dissout pas ; parler d'un *rapport* d'accessoire à principal suppose que ses deux termes soient distincts.

Cette situation est souvent instable. On conçoit en effet qu'il faut, la plupart du temps, peu de choses pour faire basculer l'accessoire d'un côté ou de l'autre, soit que son individualité s'estompe et qu'il se fonde dans le principal, soit, au contraire, que l'union avec le principal perde son intérêt et que l'ancien accessoire acquière une complète autonomie.

Cette relative précarité apparaît clairement si l'on se place dans la perspective dynamique où s'inscrit normalement l'accessoire. Le principal est un point fixe auquel vient s'ajouter l'accessoire. Ce mouvement profond qui anime l'accessoire tend normalement à lui faire dépasser ce stade.

Dans l'affectation, l'accessoire, en raison de sa destination, se rapproche du principal. Il est conduit par son but à une union toujours plus étroite. C'est la résistance qu'oppose sa structure qui l'empêche de se fondre dans le principal. Dans la « production », l'accessoire « sort » du principal ; même si l'essentiel de ses éléments constitutifs viennent de l'extérieur, c'est bien le principal qui fait exister une chose nouvelle ; mais l'accessoire a son propre but qui le pousse dans une direction différente de celle du principal ; l'accessoire vise à l'autonomie et c'est encore la résistance opposée par sa structure qui le maintient en position d'accessoire.

Schématiquement et en forçant un peu les images, on peut dire que, dans l'affectation, l'accessoire part de l'indépendance et tend à s'absorber dans le principal, alors que dans la « production », l'accessoire part de l'identification avec le principal, pour se diriger vers l'indépendance. La position d'accessoire, entre la fusion et la séparation, apparaît, dans les deux cas, comme un moment de l'évolution, situé à mi-chemin du point de départ et

du point d'aboutissement. Il n'est alors pas surprenant que les deux évolutions contraires se rencontrent au milieu du parcours. Qu'il soit déjà lié au principal ou pas encore séparé, encore identifiable ou déjà individualisé, l'accessoire se trouve dans cette situation intermédiaire caractéristique de sa condition.

Naturellement, ce schéma est assez théorique et il est finalement rare que le mouvement qui anime l'accessoire se manifeste avec un point de départ et un objectif nettement opposés. Ce qui n'est qu'une tendance ne se réalise pas toujours. Mais la tension entre les forces contraires, elle, est toujours présente dans tout accessoire. Distinct du principal et cependant lié, il s'ajoute sans s'y absorber. On comprend alors que l'accessoire soit, juridiquement, une sorte de satellite gravitant dans l'orbite du principal. C'est encore une image que suggère la maxime *accessorium sequitur principale*. Le régime de l'accessoire ne se confond pas avec celui du principal, mais il en subit l'attraction. L'affectation de l'accessoire au service du principal comme la « production » de l'accessoire par le principal font en effet ressortir la hiérarchie entre l'accessoire et le principal.

b) La vocation de l'accessoire à suivre le sort du principal.

24. — Le principal forme un tout ; pas l'accessoire. C'est pourquoi l'accessoire *doit* être joint au principal. L'accessoire seul est incomplet. Il lui manque quelque chose d'essentiel que le principal lui procure. C'est là le ressort de la « règle de l'accessoire » exprimée par l'adage *accessorium sequitur principale*.

Lorsque le rapport d'accessoire à principal résulte de l'affectation, le but de l'accessoire est le service du principal. Cela signifie qu'on ne peut envisager l'accessoire complet sans prendre en considération le principal. L'accessoire coupé de son but n'est qu'un « corps sans âme ». Mais introduire ce but, c'est faire appel au principal.

Lorsque l'accessoire a son propre but, mais n'existe que grâce au principal on ne peut davantage isoler l'accessoire du principal qui le soutient. Sans quoi on ne saisirait qu'une fraction de l'accessoire.

Dans les deux cas, le principal procure à l'accessoire une partie essentielle de lui-même. C'est le principal qui « donne vie » à l'accessoire.

A cet égard, on constate que le rapport d'accessoire à principal réalise une *économie* de moyens assez remarquable. Il existe entre le principal et l'accessoire une zone commune plus ou moins étendue selon que c'est tout le principal ou une partie seulement de celui-ci qui sert de support à l'accessoire. Les mêmes éléments sont en effet utilisés deux fois. D'abord pour constituer le principal, ensuite pour achever la réalisation de l'accessoire. Si bien qu'ils font à la fois partie du principal et de l'accessoire. Mais la

hiérarchie apparaît en ce qu'ils font *d'abord* partie du principal *avant* de servir à l'accessoire, car ce n'est qu'en tant qu'éléments du principal qu'ils peuvent remplir ce nouveau rôle. L'accessoire n'a pas besoin du secours d'une collection d'éléments plus ou moins disparates, mais d'un service que, seul, peut lui rendre le principal. Si donc le principal fait, dans une certaine mesure, partie de l'accessoire, c'est sans en être diminué dans sa structure ni rien perdre de son autonomie. Ce qui passe du principal à l'accessoire est essentiellement un *service* impalpable : *le principal sert de support à l'accessoire*.

L'expression décrit exactement la situation dans le cas de « production » de l'accessoire par le principal. Elle vaut aussi lorsque le principal est intégré au but de l'accessoire. Car, au moins du point de vue juridique, le but est aussi essentiel que l'existence physique.

La notion de « principal » se trouve, par là, précisée, le principal est « le premier ». L'idée d'antériorité n'est pas exclue. Il faut que le principal existe déjà pour qu'il puisse « produire » un accessoire ou être le but d'un accessoire ; du moins dans ce dernier cas, est-ce la *considération* du principal qui détermine l'affectation et elle peut précéder la présence effective du principal. Mais, plus que de chronologie c'est de hiérarchie entre ces deux éléments qu'il s'agit. C'est vraiment le principal qui est le plus important, non pas en raison de sa valeur ou de ses dimensions, mais de par son rôle privilégié.

Quelle que soit la façon dont s'opère l'adjonction de l'accessoire au principal, toujours l'accessoire vient chercher auprès du principal ce qui lui permettra de se réaliser. On conçoit dès lors que les vicissitudes du principal se répercutent sur l'accessoire. Ce qui touche le principal touche aussi l'accessoire dans la mesure où il est atteint dans son support.

Cela n'implique pas nécessairement que le régime de l'accessoire doive être rigoureusement calqué sur celui du principal : l'accessoire reste distinct du principal. Le support n'est pas tout l'accessoire. Il y a toute une « superstructure » que les règles concernant le principal ne suffisent pas à régir. Seulement, chaque fois que l'on envisage l'accessoire en entier, il faut tenir compte du lien qui l'unit au principal et chaque fois que le principal est modifié, il faut mesurer les contrecoups que l'accessoire peut subir.

En définitive, l'image qu'évoque le mot « accessoire » rejoint la formule *accessorium sequitur principale* : *l'accessoire est ce qui vient s'ajouter au principal sans s'y absorber*. S'il se place dans cette position, c'est parce qu'il ne peut se réaliser que grâce au principal, qui joue à son égard le rôle de support. Et c'est pour cette même raison qu'il suit le sort du principal.

Tels sont les traits essentiels de la notion d'accessoire au sens strict.

Naturellement, bien des points restent encore à préciser à ce

sujet. Nous aurons d'ailleurs, tout au long de cette étude, l'occasion de revenir souvent sur cette notion. Mais, sans attendre et pour affermir un peu ces bases, il n'est pas inutile de faire immédiatement quelques observations permettant de se familiariser davantage avec l'analyse du rapport d'accessoire à principal.

§ 4. — La notion d'accessoire au sens strict : précisions relatives à certains aspects du rapport d'accessoire à principal.

25. — C'est en voyant fonctionner pratiquement la règle de l'accessoire que l'on pénètre le mieux le contenu et les nuances de la notion d'accessoire. Il est cependant possible d'apporter d'ores et déjà certaines précisions d'une portée assez générale.

D'une part, l'accessoire a pour support le principal. Or ce que nous avons dit de l'origine du rapport d'accessoire à principal permet de comprendre que cette liaison peut être aussi bien subjective qu'objective. Il est important de le souligner pour mettre en lumière la souplesse de la création des accessoires et les résistances qu'elle peut rencontrer dans les faits.

D'autre part, l'accessoire est intermédiaire entre l'indépendance et l'assimilation au principal. Mais l'accessoire n'est pas toujours exactement à mi-chemin entre ces deux pôles. Il existe des degrés dans la force du lien unissant l'accessoire au principal. C'est ce que révèle la question délicate de « l'accessoire nécessaire ».

A. — Les éléments subjectifs et objectifs dans le rapport d'accessoire à principal

On conçoit que plus le rôle de la volonté est grand dans l'établissement d'un rapport d'accessoire à principal et plus souple est la relation entre les deux éléments, comme plus nombreux et plus variés seront les accessoires. Il faut noter à cet égard une différence assez sensible entre l'affectation et la « production ». C'est dans le prolongement de cette question que l'on peut examiner un point plus particulier qui constitue en quelque sorte la vérification des conclusions de l'analyse abstraite : la situation spéciale du sol parmi les autres biens, situation spéciale qui lui confère une vocation naturelle à jouer le rôle de principal.

a) Le rôle de la volonté dans la liaison entre l'accessoire et le principal.

26. — C'est le but poursuivi par l'accessoire qui, dans l'immense majorité des cas, explique et déclenche le mouvement qui donne naissance au rapport d'accessoire à principal. On ne peut en douter lorsque l'accessoire doit sa position à son affectation au service du principal. Mais c'est aussi, dans une large mesure, parce qu'ils ont un but propre à remplir que certains accessoires « sor-

tent » du principal qui leur sert de support. Cette importance donnée au but n'est pas extraordinaire : « L'homme n'agit point *parce que* mais *afin que*... afin d'atteindre tel ou tel but⁵⁸. » Il organise son activité et utilise les choses de manière à obtenir les résultats qu'il recherche. C'est pourquoi la finalité « revêt une importance toute particulière dans un système juridique qui, comme le droit français, est dominé par le principe de l'autonomie de la volonté⁵⁹ ».

La fixation ou l'appréciation du but qui mettent en œuvre le processus de « jonction » de l'accessoire au principal dépendent en principe de la volonté et c'est essentiellement par là qu'interviennent les éléments subjectifs dans la relation d'accessoire à principal. Car, naturellement, si l'on parle du « but poursuivi par l'accessoire » c'est toujours d'une destination assignée par l'homme qu'il s'agit. L'accessoire, de lui-même, n'a pas d'initiative et c'est dans la mesure où l'homme poursuit certaines fins à l'aide des moyens qui lui paraissent appropriés, qu'il modèle les choses en les faisant servir à ses desseins. Cela ne signifie pas que la détermination du but soit toujours à la disposition des volontés individuelles. Elle peut être imposée par le législateur. Mais, dès l'instant qu'est requise une intervention humaine, il est normal que joue largement l'autonomie de la volonté.

Lorsqu'il s'agit de l'affectation de l'accessoire au service du principal, la relation entre les deux éléments dépend directement du but fixé à l'accessoire et, à ce titre, est souvent un effet de la volonté individuelle. Encore faut-il distinguer plusieurs hypothèses :

Il est des accessoires dont la destination se trouve inscrite dans leur nature même : une hypothèque garantit toujours une créance ; une servitude, par définition, est affectée à l'utilité du fonds dominant. Il n'est pas possible de les envisager autrement qu'à l'état d'accessoires. Le rapport d'accessoire à principal est alors objectif. Sans doute, la volonté peut-elle intervenir pour créer de tels accessoires ; c'est parce que l'on poursuit un certain but que l'on établit une sûreté ou une servitude, mais ce but est *nécessairement* le service principal.

Il existe aussi toute une série de situations dans lesquelles le rapport de destination est essentiellement subjectif. C'est notamment le cas pour la plupart des choses affectées au service d'autres choses. C'est parce que le propriétaire décide d'assigner pour but à sa chose l'amélioration d'une autre chose que la première devient accessoire de la seconde. L'existence de la chose accessoire est alors une donnée de fait, mais sa qualité d'accessoire dépend d'une décision volontaire. Naturellement, la part d'appréciation subjective est plus ou moins étendue. Il arrive qu'elle soit pratiquement nulle lorsque la structure d'une chose la prédestine inévitablement

58. Jhering, *Zweck im Recht*, trad. Meulenaere, p. I à 17.

59. R. Perrot, thèse, n° I, p. 4.

à un certain rôle. Il n'est pas possible de faire violence aux faits et la « nature des choses » s'impose à la volonté. Mais, souvent, un choix peut être opéré. Par nature, la chose est susceptible de se prêter à différents usages. C'est alors la volonté individuelle qui, parmi un éventail de buts virtuels, assigne à la chose une destination précise.

On ne s'étonnera donc pas que la détermination des accessoires dont la qualité dépend ainsi d'un rapport d'affectation subjectif suscite de nombreux litiges. La recherche des intentions est toujours délicate. Il paraît normal, pour tirer des conséquences juridiques du rapport d'accessoire à principal, d'exiger que la destination assignée à l'accessoire se manifeste extérieurement par quelque trait objectif. Il n'en reste pas moins qu'une très grande souplesse demeure la caractéristique de cette forme de liaison entre l'accessoire et le principal et que cette souplesse se paye d'un fréquent manque de certitude.

De cette souplesse, il résulte encore que le nombre d'accessoires par destination est illimité et qu'on en peut créer des variétés à l'infini. Dès l'instant qu'une opération toute intellectuelle suffit à établir un rapport d'accessoire à principal, il est extrêmement facile de multiplier de telles relations. Sans doute faudra-t-il que l'affectation présente un minimum d'objectivité pour que la règle de l'accessoire puisse fonctionner en pratique, mais l'exigence n'est pas bien lourde s'il ne s'agit que de révéler un lien qui peut être essentiellement subjectif. Ni l'accessoire ni le principal ne doivent a priori répondre à des conditions particulières touchant à leur structure pour pouvoir être unis par un lien d'affectation.

27. — La « production » d'un accessoire par le principal est, au contraire, un phénomène plus rare. Le rapport d'accessoire à principal est, en effet, dans ce cas toujours objectif. Cela ne signifie pas que tout se passe hors de l'initiative humaine. Les hypothèses de production rigoureusement spontanée sont rarissimes. En général, c'est pour atteindre un but précis que l'homme, volontairement, rassemble des éléments susceptibles de donner naissance à un accessoire grâce au secours du principal. L'utilisation du principal comme support est, la plupart du temps, voulue, soit que la « production » d'un accessoire apparaisse comme le seul moyen possible d'obtenir le résultat recherché, soit tout simplement parce que cette solution permet de réaliser une économie de moyens, la même base servant à deux fins distinctes.

Mais encore faut-il que la structure du principal se prête au rôle qu'on veut lui faire jouer. La volonté peut déclencher l'opération de production ; ce n'est pas elle qui établit directement le lien proprement dit entre l'accessoire et le principal. Ce lien tient à l'aptitude particulière du principal à jouer le rôle de support.

Si, pour la création d'accessoires, l'affectation et la « production » sont de hypothèses théoriquement symétriques, il existe en

pratique, une considérable disproportion entre les deux situations. Il est en effet bien compréhensible que la plupart des questions juridiques surgissent à propos des accessoires par destination. Liés au principal de façon très souple, ils sont aussi beaucoup plus nombreux.

Il reste cependant que, même en ce qui concerne l'affectation, les faits ne sont pas toujours très malléables. On s'en aperçoit lorsqu'on examine la situation, du bien qui est, par nature, voué à servir de support : le sol.

b) Le cas particulier du sol.

28. — La vocation du sol à jouer le rôle de principal est attestée par la maxime *superficies solo cedit*. Le point est assez remarquable, car c'est le seul cas où la règle de l'accessoire trouve ainsi une formule spécialisée en fonction de la nature des éléments en présence.

En effet le sol occupe dans l'univers juridique une place tout à fait particulière qui en fait le principal par excellence. Non pas seulement en raison de sa valeur. Si cette idée est sans doute sous-jacente dans le Code civil pour qui l'immeuble reste la base de la fortune familiale, elle est sûrement insuffisante puisque le rapport d'accessoire à principal ne peut être renversé quel que soit le résultat de la comparaison des valeurs entre les éléments en présence ⁶⁰.

Traditionnellement, l'immeuble se caractérise par sa fixité et sa perpétuité. Or, tous les immeubles ne présentent pas ces qualités de façon absolue. Les arbres meurent, les bâtiments peuvent être démolis pour n'être plus qu'un amas de matériaux meubles, les mottes de terre arrachées au sol deviennent des meubles... En réalité, ce qui ne bouge ni ne meurt jamais, c'est le sol, parce qu'au delà de sa forme actuelle il constitue l'écorce terrestre elle-même. L'érosion, les accidents naturels, le travail humain peuvent niveler les collines, combler les vallées, bouleverser la configuration des paysages, le sol subsiste.

Dans une pénétrante analyse, M. le doyen Savatier a montré comment, parti d'une vue concrète du fonds de terre, le droit y voit maintenant surtout une surface idéale découpée sur le globe terrestre. C'est « une conception dématérialisée, et en quelque sorte stylisée de la propriété foncière... Le bien fonds ainsi compris atteint, relativement à la boule terrestre, le caractère parfaitement immobile auquel il aspire par définition. Il satisfait, du même coup, son aspiration à la perpétuité : il durera autant que notre globe, à la même place. Il y survivra à la personne de tous les propriétaires, à toutes les révolutions de son statut juridique, à

60. *Supra*, n° 9 s.

toutes les mutations entre vifs, ou pour cause de mort, dont il pourra être l'objet...⁶¹ ».

Si telle est la nature du sol, on comprend qu'elle le voue au rôle de support, caractéristique de la fonction de principal. Tout ce qui est fixé au sol est localisé sur une fraction de la surface terrestre⁶². Les plantes, les constructions... doivent leur existence au sol qui les porte et en sont des accessoires⁶³.

Ce fondement de la maxime *superficies solo cedit* a probable-

61. R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1958, p. 6.

62. Si l'on va jusqu'au bout du raisonnement, on doit reconnaître que c'est, pour le moment, à la surface du globe que vivent les hommes et que se situent les choses qu'appréhende le droit. Cela signifie que tout ce qui est susceptible d'une localisation dans l'espace habité par les hommes repose directement ou indirectement sur le sol, *n'existe que grâce au sol*.

Est-ce à dire qu'un vaste rapport d'accessoire à principal unit les choses et les hommes eux-mêmes à la planète qui leur sert de support ? Il ne faut pas exagérer. Une telle vision peut paraître absurde ; surtout elle n'est pas susceptible de conduire à des conséquences de droit : le sol, envisagé globalement comme la terre entière n'a pas, en tant que tel, de régime juridique et il ne saurait être fait application de la règle de l'accessoire.

Mais la surface de la terre est juridiquement divisée en fractions délimitées par des frontières tracées sur le sol. Du point de vue du droit civil, le sol est une mosaïque de surfaces qui font l'objet de la propriété foncière et qui sont, à ce titre, soumises à un régime juridique précis. C'est dans la mesure où existe un rapport d'accessoire à principal entre des choses et une de ces portions limitées du sol qu'il est possible de faire appel à la maxime *superficies solo cedit*. Or, si chaque fraction de la surface terrestre participe au rôle général de support de notre monde, il reste à déterminer quels sont les accessoires qui doivent leur existence à telle ou telle parcelle précisément délimitée. A cet égard les meubles qui, même s'ils ne bougent pas en fait, sont, par définition, susceptibles de déplacement, et, a fortiori, les hommes, ne peuvent être rattachés à aucune fraction déterminée de la surface du globe. On ne peut savoir s'ils doivent leur existence à telle parcelle plutôt qu'à telle autre. La terre entière leur sert de support, mais aucune fraction du sol en particulier. Il n'en va pas de même des choses qui sont fixées à demeure en un point précis de la surface terrestre. Leur existence dépend de leur localisation en ce point déterminé. Il n'y a, par conséquent, aucun doute sur l'identification de la fraction limitée du sol qui leur sert de support. Ceux-là seuls sont, juridiquement, des accessoires.

63. A cet égard, on peut rapprocher la situation juridique du sol et celle du navire. Le régime des navires tend à se rapprocher de celui des immeubles. Sans doute, la solution s'explique-t-elle pratiquement par la valeur considérable que ces « meubles importants » (Marty et Raynaud, I, n° 822) et techniquement par la fixité artificielle que réalise l'immatriculation. Mais l'analogie est plus profonde : sur ce milieu en principe hostile qu'est la mer, les choses ne subsistent que grâce au support que leur offre le navire. S'il sombre, elles disparaissent. Le navire, comme le sol a vocation à jouer le rôle de principal ; il ne peut, par rapport aux choses qu'il porte, être accessoire. On peut en dire autant des aéronefs.

ment été longtemps seulement ressenti inconsciemment parce que masqué par la suprématie économique de la terre, qui dispensait de chercher au delà d'une simple comparaison des valeurs. Il est plus apparent aujourd'hui parce que « le droit civil, comme les autres techniques, a dû passer du concret à l'abstrait, et, pour représenter ses abstractions, apprendre à parler la langue des signes, des nombres et des figures scientifiques⁶⁴ ». Le cadastre, la publicité foncière... en prenant pour base technique la surface de l'immeuble font saisir la « dématérialisation juridique de la terre ».

Mais la vocation du sol à jouer le rôle de principal en raison de sa nature était déjà inscrite dans les qualités de fixité et surtout de perpétuité par lesquelles on l'a très tôt caractérisé. « La chose qui ne meurt pas », disait Beaumanoir pour décrire l'immeuble.

29. — Or cette idée de perpétuité est importante parce qu'elle explique la résistance qu'oppose le sol à la qualification d'accessoire. Quelle que puisse être l'origine du rapport d'accessoire à principal, le sol a vocation à être principal et non à être accessoire.

A vrai dire, la question ne se pose pas lorsqu'il s'agit de « production ». Le sol préexiste à toutes les autres choses et dure au-delà de leur disparition. Il n'a besoin d'aucun support ; il ne peut être accessoire.

Mais ne peut-il être affecté au service d'une autre chose et, à ce titre, en être un accessoire ? On ne voit pas a priori ce qui pourrait s'y opposer. Pourtant, cette situation est assez rare. Pour le comprendre, il faut revenir à l'analyse de la conception juridique du sol.

Le sol présente un double aspect : d'abord, sous sa forme concrète, c'est le fonds de terre tel qu'il s'offre aux regards. C'est le champ que l'on cultive, le terrain que l'on bâtit, le chemin sur lequel on passe... Puis, « par derrière », pourrait-on dire, c'est une surface idéale, parfaitement immuable et perpétuelle dans son abstraction.

Assigner au sol pour destination le service d'une autre chose a trait à *l'exploitation du fonds*. C'est l'envisager concrètement sous son premier aspect. A ce point de vue, le sol est un bien comme un autre et si telle est la destination qui lui est fixée, il paraît être accessoire. Mais ceci ne vaut que pour l'aménagement actuel du fonds. Or, si le sol est perpétuel, qui peut dire que son utilisation se poursuivra à jamais sous sa forme actuelle ? Il est difficile de parler du « but exclusif » du sol. La perpétuité de la surface terrestre incite à envisager les choses avec une échelle de mesure particulière. Si l'on se place dans une perspective à

64. R. Savatier, *loc. cit.*, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1958, p. 3.

très long terme, on peut considérer avec sérénité l'épisode de l'affectation du fonds au service d'une chose. Un tel but ne peut durer plus que la chose bénéficiant des services du sol et cette chose disparaîtra tôt ou tard ; le sol se prêtera alors à une autre utilisation. Du moins tant que le rapport de destination n'unit pas le fonds à un autre fonds, car dans ce cas, et dans ce cas seulement, il est théoriquement possible d'admettre que l'affectation puisse être perpétuelle.

On voit se profiler derrière l'aspect concret du fonds de terre la conception abstraite du sol, surface idéale. Faire dériver de l'affectation du fonds au service d'une chose un rapport d'accessoire à principal devrait logiquement conduire simplement à une distinction entre les deux points de vue. Mais, actuellement, les deux aspects sont imbriqués l'un dans l'autre et c'est de leurs interférences que naissent les difficultés. En particulier, le droit de propriété englobe les deux conceptions du sol. Et l'on comprend que l'on recule lorsqu'il est question de tirer des conséquences au regard de la propriété — droit perpétuel — d'un rapport d'affectation relativement éphémère. Une relation d'accessoire à principal qui n'en concernerait qu'un aspect ne peut engager définitivement le sort du sol. Ce n'est que lorsque le fonds est affecté au service d'un autre fonds que la même perpétuité caractérisant les deux termes du rapport il est possible de parler d'accessoire et de principal.

Il faut reconnaître que cette solution est assez artificielle. Même lorsqu'il existe entre deux fonds, le rapport de destination ne concerne que l'aménagement actuel du sol, plus ou moins durable, dont rien ne dit qu'il sera perpétuel. En réalité, le système tient à ce que l'originalité de la nature du sol est assez inconsciemment ressentie sans que l'habitude soit prise d'en distinguer le double aspect.

On pourrait concevoir un rapport juridique d'accessoire à principal limité à la forme concrète actuelle du fonds et prenant fin avec elle, laissant intact le sort de la surface permanente et indestructible. Faudrait-il aller jusqu'à un dédoublement du droit de propriété ? Ce n'est guère souhaitable. Toujours est-il que la distinction des deux points de vue auxquels le sol peut être envisagé permet de comprendre pourquoi le sol a vocation à jouer le rôle du principal et résiste généralement à la qualification d'accessoire, justifiant par là la formule *superficies solo cedit*.

On voit que la situation privilégiée du sol s'explique sans avoir recours au système de comparaison des valeurs, dans le cadre de la conception stricte de la notion d'accessoire.

Il est a priori plus délicat d'expliquer que c'est encore bien de cette notion qu'il s'agit lorsqu'il est question d'« accessoire nécessaire ».

B. — L'accessoire nécessaire

30. — L'expression « accessoire nécessaire » est d'utilisation courante. Le Code civil l'emploie⁶⁵, mais l'exemple le plus célèbre, illustré par une jurisprudence abondante, est sans doute celui de l'article 1^{er} du décret du 30 septembre 1953 qui soumet au statut des baux commerciaux les « baux de locaux ou d'immeubles *accessoires* à l'exploitation d'un fonds de commerce quand leur utilisation est *nécessaire* à l'exploitation du fonds... ».

Or, d'après Littré, ce qui est nécessaire, c'est ce « qui doit être pour que quelque chose soit, ou se fasse ». Et la jurisprudence relative aux baux commerciaux l'entend bien ainsi : le local accessoire protégé par le statut est celui dont la perte mettrait fin à l'activité commerciale⁶⁶. « En d'autres termes », a-t-on pu écrire, « le local accessoire nécessaire doit être essentiel à la chose principale, ce qui fait que, grammaticalement, l'accessoire cesse d'être accessoire en devenant nécessaire⁶⁷ ».

Effectivement cette situation soulève, au regard de la notion d'accessoire, une double difficulté :

— L'accessoire n'est pas indépendant, mais il ne fait pas davantage partie du principal. Cette caractéristique importante de la notion d'accessoire au sens strict écarte de cette qualification nombre de situations. Ainsi, par exemple, ne peuvent être considérées comme des accessoires proprement dits les plus-values d'un bien, quelle qu'en soit l'origine. En effet, « la plus-value n'est pas un bien distinct, elle n'est qu'un accroissement et à ce titre, s'incorpore au bien lui-même... La plus-value ne peut être distinguée du tout⁶⁸ ». La plus-value n'apparaît que par une différence entre deux évaluations *du même bien*. Faute de pouvoir être individualisée, elle n'est pas un accessoire *stricto-sensu*⁶⁹. N'en est-il pas de même de l'accessoire « nécessaire » ? N'est-il pas, en réalité, un élément constitutif du prétendu « principal » ?

— D'autant plus que l'idée que l'accessoire « s'ajoute au principal » paraît bien impliquer que le principal soit capable de se

65. Voy. l'article 1018.

66. R. Martin, R. Maus, P. Lafarge, B. Martin, *Manuel des baux commerciaux*, 4^e éd., n° 219.

67. J. Archevêque, J.-M. Legrand, Ph. de Belot, « La loi du 30 juillet 1960 sur les baux commerciaux », *G.P.*, 1960, 2, doct., p. 29.

68. M. Riou, thèse précitée, p. 367.

69. Contra, J. Bernard, *De la plus-value des propres*, thèse, Paris, 1934, not., p. 42, 50, 95. Mais si cet auteur invoque le principe *accessorium sequitur principale*, il souligne lui-même que « la plus-value n'est pas un bien distinct » (p. 41) « un office ministériel forme un tout, il n'est pas possible de distinguer l'office proprement dit et la plus-value dont il a bénéficié » (p. 50). Ce qui prouve qu'il entend le mot « accessoire » dans un sens très large et que la qualification d'accessoires est attribuée aux plus-values *a posteriori* parce que, lorsqu'elles sont intégrées à un bien propre, elles sont elles-mêmes propres.

suffire à lui-même. Comment voir dans l'accessoire un simple « supplément » s'il est « nécessaire » au principal ? Que le principal profite de la présence d'un accessoire affecté à son service, soit, mais qu'il ne puisse absolument s'en passer, c'est dire que le « principal » *dépend* du prétendu accessoire. Si bien que, même si cet « accessoire » est nettement individualisé et si l'on réussit, malgré le caractère inéluctable de sa présence, à considérer qu'il ne fait pas partie du « principal », on peut se demander si l'« accessoire » n'est pas le support du « principal » ? En effet, si, au regard de la destination, « l'accessoire nécessaire » est affecté au service du « principal », la « nécessité » des services rendus semble renverser les rôles en ce qui concerne la « production ». Autrement dit, le principal serait-il lui-même accessoire par production de son propre accessoire par affectation ? Deux rapports d'accessoire à principal contradictoires ne peuvent coexister. En réalité, une telle situation démontrerait que le lien de dépendance unilatérale, caractéristique de la position d'accessoire, fait place à l'*interdépendance* des deux éléments. Il ne saurait donc être question d'accessoire au sens strict.

Il est cependant possible de concilier la notion d'accessoire rigoureusement entendue avec l'idée de nécessité. Mais la question est extrêmement délicate et soulève des difficultés pratiques considérables.

a) La conciliation des termes « accessoire » et « nécessaire ».

31. — Il faut d'abord mettre à part des acceptions de l'expression « accessoire nécessaire » qui ne soulèvent pas de telles difficultés.

Le mot « nécessaire » n'est en effet pas toujours lui-même entendu au sens strict. Il est parfois employé seulement pour souligner la très grande utilité de l'accessoire sans pour autant qu'il soit absolument impossible d'en priver le principal. Il faut tenir compte d'un certain affadissement des mots provoqué par l'abus des superlatifs et des expressions frappantes⁷⁰. Cette « dévaluation » de la langue est sans doute critiquable. Il peut y avoir une infinité de degrés dans l'utilité, seul le degré ultime permet de franchir le seuil de la nécessité. Tout au plus, pourrait-on admettre un déplacement du qualificatif « nécessaire » : l'accessoire très utile est *indiscutablement* lié au principal. L'élément en question est accessoire ou il n'est pas ; en ce sens, il est « nécessairement accessoire ». Le mot « nécessaire » ne caractérise plus alors le

70. « Rien n'est mobile et susceptible d'altération autant que le langage, surtout le langage vulgaire et courant, qui demeure le fonds où s'alimente toute langue technique. Les mots changent de sens, se pervertissent, s'étendent ou se réduisent au hasard de la vie... » (F. Géný, *Science et technique*, III, n° 257, p. 462).

rôle de l'accessoire à l'égard du principal, mais l'objectivité du rapport d'accessoire à principal. Cependant, ce détour fait perdre à l'expression sa précision. En réalité, quand l'accessoire n'est qu'utile, fût-il très utile, il n'est pas « nécessaire ».

On peut regretter que la langue juridique s'accommode parfois de termes dépouillés de leur rigueur. C'est cependant un fait. On peut rappeler à cet égard les variations, pour le moins surprenantes, de la législation en matière de baux commerciaux, précisément à propos des « locaux accessoires nécessaires à l'exploitation du fonds ». La loi du 30 juin 1926 employait le mot « nécessaire ». Le décret du 30 septembre 1953 lui a substitué le terme « indispensable ». « L'indispensable nécessité des locaux commerciaux accessoires », suivant la formule que M. Béraud utilisait avec humour pour intituler un article qu'il consacrait à la question⁷¹, a fait couler beaucoup d'encre. Des trésors d'ingéniosité ont été dépensés, des recherches grammaticales approfondies ont été menées afin de saisir la nuance séparant les deux adjectifs. Efforts vains : « Il n'y a pas en effet de degré intermédiaire entre l'indispensable — ou le nécessaire — et l'utile : au local nécessaire dont la privation met en péril l'existence même du fonds, on ne peut opposer que le local utile dont la perte compromet seulement l'importance de l'exploitation, la gêne et la rend plus onéreuse⁷². » L'inanité des tentatives de distinction entre « l'indispensable » et le « nécessaire » — au sens strict — a d'ailleurs été attestée par la loi du 30 juin 1960 qui est revenue au qualificatif « nécessaire » de la loi de 1926. Et il faut bien dire que, en dépit de l'évolution de la terminologie législative, les solutions pratiques admises en jurisprudence n'ont guère varié⁷³. Il semble que la substitution temporaire du mot « indispensable » au mot « nécessaire » opérée par le décret du 30 septembre 1953 avait surtout pour but de prévenir une éventuelle dégradation du sens du terme « nécessaire ». Il s'agissait, par l'emploi du mot « indispensable », à tort ou à raison jugé plus évocateur, d'insister sur la rigueur de l'expression. C'est le signe que, malgré toutes les analyses linguistiques, le terme « nécessaire » est parfois pris dans un sens atténué.

32. — Mais la question demeure : « Indispensable » ou « nécessaire » — au sens strict — l'accessoire est-il encore un accessoire ?

Raisonnons sur un exemple simple. Soit une maison qui n'a accès à la voie publique que par l'intermédiaire d'une cour. Cette cour, point de passage obligé pour pénétrer dans la maison ou en

71. *Annales des loyers*, 1954, p. 640.

72. B. Boccara, note sous Paris, 19 novembre 1960, *J.C.P.*, 1961, II, 11930.

73. Certaines décisions ont ouvertement reconnu que les deux termes étaient assimilables. Paris, 15 décembre 1954, *Rev. Loy.*, 1954, p. 183 ; Angers, 5 octobre 1960, *G.P.*, 1960, 2, 294 ; T.G.I. Seine, 3 novembre 1960, *G.P.*, 1960, 2, 327 ; Paris, 19 novembre 1960, *G.P.*, 1960, 2, 338.

sortir, lui est *nécessaire*. D'autre part, sa destination est de permettre l'accès à la maison et d'en accroître l'agrément. Elle est affectée au service de la maison, elle en est un *accessoire*.

Dira-t-on que la cour *est* la maison, qu'elle en fait partie ? Cour et maison sont parfaitement identifiables ; ce sont deux choses distinctes. Abstraction faite de la cour, la maison est entièrement constituée. Tous les éléments de la chose sont réunis, il n'y manque rien pour qu'elle soit « maison ».

Dira-t-on que la cour sert de « support » à la maison et que cette caractéristique, qui ferait du principal un accessoire de son propre accessoire, place les deux choses sur un pied d'égalité ? La cour a pour but le service de la maison ; la maison a son propre but qui n'est pas de servir à l'amélioration de la cour. Il n'y a pas affectation réciproque, mais unilatérale. La maison n'est pas davantage « produite » par la cour, elle ne lui doit pas son existence. Sans doute, la présence de la cour, ou la considération de sa création future ont-elles peut-être joué un rôle déterminant dans la décision de bâtir la maison. En ce sens, la cour serait une des « causes » de l'existence de la maison. Mais cette cause a produit son effet dès lors que le bâtiment a été édifié. Il n'est plus question d'y revenir. On peut imaginer que la cour n'existe pas en tant que cour et qu'à sa place soit un fossé ou qu'un mur soit élevé. Si l'on remonte dans le temps pour situer un tel état de choses antérieurement à l'édification de la maison on peut probablement dire que cette construction n'aurait pas été entreprise. C'est raisonner en termes de causalité. Mais si, aujourd'hui, la cour cesse d'être une cour, la maison subsiste. Son existence actuelle ne dépend pas de la cour qui ne lui sert donc pas de support.

La maison existe, et existe en tant que maison, complètement constituée, indépendamment de la cour.

Et pourtant, il est absolument hors de question de se passer de la cour par où se fait l'accès au bâtiment. Pourquoi ? Parce que sans la cour il est rigoureusement impossible d'utiliser la maison. La maison existe, certes, mais si personne ne peut y pénétrer, à quoi peut-elle servir ? La cour *commande tout l'usage de la maison*. C'est en ce sens qu'elle est nécessaire.

Ainsi se dessine un critère : l'accessoire n'est pas nécessaire à l'*existence* du principal ; il est nécessaire à son *usage*.

Par définition, l'accessoire doit être distinct du principal, n'en pas faire partie. Il n'y a pas de rapport d'accessoire à principal entre une chose entière et une fraction d'elle-même. Or, la notion d'élément constitutif se situe sur le plan de l'existence des choses. Au contraire, les conditions d'utilisation d'une chose peuvent être extérieures à la chose elle-même. Le principal peut avoir absolument besoin de l'apport des services de l'accessoire si c'est son utilisation qui en dépend. Mais s'il lui devait son existence, il serait lui-même en position d'accessoire.

Au point de vue pratique, ce qui compte est évidemment l'efficacité. A cet égard, l'accessoire nécessaire revêt la même importance qu'un élément constitutif. On comprend que le lien résultant d'un tel rapport d'accessoire à principal soit extrêmement étroit. Mais n'étant nécessaire qu'à l'usage du principal et non à son existence, l'accessoire reste une chose présentant ses caractères propres. C'est encore un « complément » qui s'ajoute au principal.

Il faut cependant reconnaître que la mise en œuvre de ce critère est très délicate.

b) Les difficultés d'application.

33. — Que l'accessoire ne puisse pas être nécessaire à l'existence du principal résulte de la définition même de l'accessoire⁷⁴ ;

74. A première vue on peut en douter lorsqu'on considère les solutions de la jurisprudence dans le secteur où la question est le plus souvent abordée : la définition des locaux accessoires nécessaires à l'exploitation commerciale.

Sont en effet « nécessaires » les locaux accessoires dont la privation « non seulement paralyserait le commerce, mais le ferait disparaître » (Com., 29 novembre 1965, *Bull.*, 1965, III, n° 610, p. 548)... Est exclu le droit au renouvellement du bail du local accessoire dès lors que « sa privation ne devant causer qu'une gêne à la société sans l'empêcher de poursuivre son exploitation, il n'était pas nécessaire à celle-ci » (Com., 19 octobre 1965, *Bull.*, 1965, III, n° 506, p. 546. Dans le même sens, v. Com., 9 novembre 1953, *G.P.*, 1954, I, 40 ; Com., 9 mars 1962, *G.P.*, 1962, 2, 137 ; Com., 19 mars 1963, *Bull.* 1963, III, n° 162, p. 133 ; Com., 20 octobre 1964, *Bull.*, 1964, III, n° 427, p. 381 ; Com., 26 octobre 1964, *Bull.*, 1964, III, n° 441, p. 393).

Si la jouissance du local est nécessaire à l'existence même du commerce, comment parler encore d'accessoire ? Comment d'ailleurs pourrait-on distinguer l'existence du commerce de son « utilisation », c'est-à-dire de son exercice ? Une exploitation est ou n'est pas et elle n'existe qu'autant qu'elle fonctionne.

Deux interprétations sont possibles :

1° Qui dit accessoire dit principal. Or, au local accessoire s'oppose le local principal. S'agit-il donc d'un rapport d'accessoire à principal entre ces deux locaux ? La situation est alors assez simple : le local principal est utilisé à des fins commerciales. C'est par exemple un magasin où est reçue la clientèle. L'exploitation commerciale est son but. Le local accessoire est affecté au service du local principal dont il renforce l'utilité. C'est un dépôt, un atelier, un garage... dont l'utilisation permet de tirer un meilleur parti du local principal. Par exemple, il sera possible d'aménager des comptoirs supplémentaires permettant d'accueillir plus de clients, si la surface du local principal est libérée du dépôt de marchandises qui sont entreposées dans le local accessoire. On peut très bien concevoir que l'utilité du local accessoire soit telle que la possibilité d'une utilisation commerciale du local principal en dépende. Le local accessoire est alors nécessaire à l'usage du local principal. Mais il est évident que l'existence du local principal, — de l'immeuble lui-même —, est indépendante du local accessoire.

La seule particularité de l'hypothèse est que l'exploitation commerciale est juridiquement isolée et donne naissance à un bien incorporel :

s'il s'ajoute au principal, c'est que le principal existe sans lui. Sans quoi, il y aurait combinaison, amalgame, non addition. Mais précisément, entre la combinaison et l'addition, les frontières sont souvent, en pratique, difficiles à discerner.

le fonds de commerce. De là une certaine ambiguïté des expressions. Etant un bien, on parle de *l'existence* du fonds. C'est pourtant d'une *exploitation* qu'il s'agit. Nécessaire à l'usage du local principal, la jouissance du local accessoire commande l'exploitation commerciale qui, par hypothèse, y est localisée. Elle est, à ce titre, nécessaire à l'existence du fonds de commerce. Aussi n'en est-elle pas un accessoire. On peut très bien admettre à la fois que le local est *accessoire du local principal*, à l'usage, mais non à l'existence, duquel il est nécessaire, et que, par là même, la jouissance du local accessoire est un *élément du fonds de commerce*, puisque la poursuite de l'exploitation en dépend.

2° Mais ce système paraît contredire le texte. L'article premier du décret du 30 septembre 1953, modifié par la loi du 30 juillet 1960 précise en effet que le statut des baux commerciaux s'applique « aux baux de locaux ou d'immeubles *accessoires à l'exploitation d'un fonds de commerce* quand leur utilisation est nécessaire à l'exploitation du fonds... » Il n'est pas question de locaux accessoires à d'autres locaux, mais bien d'accessoires au fonds de commerce.

Mais il est permis de se demander si, en parlant d'un immeuble ou d'un local « accessoire à l'exploitation d'un fonds de commerce », les rédacteurs du décret du 30 septembre 1953 ont entendu désigner un véritable rapport d'accessoire à principal.

Car en définitive, il est assez aisé de comprendre l'économie du système instauré par le texte :

Le statut des baux commerciaux est destiné à protéger l'exploitation commerciale. Le droit au renouvellement de son bail assure au commerçant la permanence d'un élément essentiel de son fonds. Mais ce droit est exorbitant. Si la protection due à l'entreprise (Ripert, Roblot, I, n° 405) peut justifier un régime dérogatoire à la liberté des conventions, il convient de limiter ce système aux besoins strictement entendus de la défense de l'exploitation.

Aucune difficulté n'apparaît lorsqu'il s'agit d'un magasin, d'une usine... véritables centres de l'activité commerciale. Leur rôle essentiel est présumé. D'ailleurs, leur destination étant inscrite dans leur nature même, le propriétaire sait à quoi il s'engage en les donnant à bail. Les choses sont moins claires à propos d'entrepôts, de garages, de bureaux, dont l'utilisation peut varier. Ils peuvent servir au commerce, lui être utile ou même nécessaire, mais il faut chaque fois en faire la démonstration positive.

Pour assurer la protection de l'entreprise commerciale, le statut des baux commerciaux s'applique aux baux des locaux « commerciaux par nature ». Mais s'en tenir là serait insuffisant, car il se peut que d'autres locaux soient, en fait, nécessaires à l'exploitation commerciale. A condition de rapporter la preuve de cette nécessité, les baux de ces locaux seront donc aussi soumis au décret du 30 septembre 1953. Ce sont ces derniers locaux qui sont qualifiés d'« accessoires ». Mais le terme est dépourvu de sa signification technique précise. De la notion d'accessoire il reste l'idée d'une affectation. Les « locaux accessoires » sont destinés à permettre l'exercice du commerce ; mais c'est aussi vrai des « locaux principaux ». Cette caractéristique les oppose, en réalité, aux locaux qui ne sont pas utilisés à des fins commerciales. Seulement, les « locaux accessoires » sont en quelque sorte tirillés dans deux directions opposées et c'est peut-être là que se situe la plus grande analogie avec les

La distinction entre l'existence et l'usage est aisée tant qu'il s'agit de choses simples. Mais elle devient extrêmement délicate en présence d'objets complexes. Quels sont, par exemple, les accessoires d'une automobile ? Tant qu'il est question d'accessoires simplement utiles, la liste est assez facile à dresser. Il suffit d'opérer par voie de retranchement pour s'apercevoir si la pièce supprimée n'était qu'une amélioration, donc un accessoire. Mais si l'on introduit l'idée d'accessoire nécessaire, tout se complique : le carburateur est-il un accessoire ? Il est, au moins, nécessaire à l'usage de l'automobile, puisque le fonctionnement du moteur en dépend. Mais n'est-il pas nécessaire à l'existence même de l'automobile ? En d'autres termes, le véhicule dépourvu de carburateur est-il encore une automobile ? Mérite-t-il la *qualification* d'automobile ? On peut en douter puisque l'engin est incapable de se mouvoir avec sa propre énergie. Et pourtant l'acquéreur d'une voiture dont le carburateur a été enlevé pense-t-il acheter autre chose qu'une automobile ?

La notion d'accessoire nécessaire est difficile à saisir. En effet, l'existence du principal ne peut être envisagée qu'en fonction d'une *définition* de ce principal. Il s'agit de déterminer les éléments qui entrent dans sa composition. Pour cela, il faut se référer à une catégorie. Mais les définitions manquent souvent de netteté.

De plus, au point de vue pratique, l'efficacité est essentielle. Notamment, ce que l'homme fabrique n'est créé qu'en vue d'en tirer des services. Si bien que l'on a tendance à considérer qu'une chose n'est définitivement constituée que lorsqu'elle est susceptible d'utilisation. Lorsqu'on examine une situation concrète, l'accessoire nécessaire à l'usage du principal semble faire partie de ce principal. Ce n'est que la comparaison de l'espèce concrète avec la définition abstraite du principal qui permet de s'apercevoir que

accessoires au sens strict : leur nature paraît les exclure du domaine commercial et par là ils s'opposent aux « locaux principaux » qui sont, eux, « commerciaux par nature » ; mais la démonstration de leur véritable destination les rejette du côté des locaux commerciaux.

En définitive, il apparaît que le décret du 30 septembre 1953 s'applique à tous les locaux qui 1° servent à l'exploitation commerciale ; 2° sont nécessaires à cette exploitation. Ces conditions sont présumées pour les locaux « commerciaux par nature ». Pour les autres, il faut prouver d'abord leur destination commerciale (c'est en ce sens qu'il faut comprendre l'expression de locaux « accessoires à l'exploitation d'un fonds de commerce ») et ensuite que leur utilisation est nécessaire à l'exploitation du fonds.

Mais dans cette optique, le terme « accessoire » est entendu dans un sens très large et il n'est pas question de rechercher un véritable rapport d'accessoire à principal entre le local et le fonds de commerce. L'utilisation des locaux accessoires ne « s'ajoute » pas à l'exploitation à laquelle elle est nécessaire. La contradiction entre la nécessité et la notion d'accessoire se résout par l'élimination du texte de l'idée d'accessoire au sens strict, de même qu'elle se résout en d'autres hypothèses par l'atténuation du terme nécessaire.

l'accessoire nécessaire n'est pas compris dans cette définition. Or, les catégories sont généralement établies de façon empirique. C'est parce qu'en d'autres circonstances, des choses semblables au principal actuellement considéré existent et sont utilisées seules, que la catégorie où se rangent ces choses exclut ce qui, dès lors, n'est qu'un accessoire. Mais que les habitudes changent, que personne ne puisse plus se passer de cet accessoire et, cessant d'être accessoire, il devient un élément constitutif de la chose.

34. — L'accessoire nécessaire est donc très proche du principal et il est parfois difficile de l'en distinguer. Ce n'est pas étonnant. Si l'on envisage le rapport d'accessoire à principal dans une perspective dynamique, l'image de la « production » est celle d'un accessoire qui sort du principal pour tendre vers l'indépendance, alors que dans l'affectation, l'accessoire vient s'unir au principal dans lequel il a tendance à se fondre. L'accessoire nécessaire est l'ultime degré avant l'absorption par le principal de l'accessoire affecté à son service. L'adéquation des deux éléments l'un par rapport à l'autre est telle qu'ils coopèrent presque sur un plan d'égalité à la quête du but commun.

Il existe donc des degrés dans l'union de l'accessoire au principal. Si l'accessoire occupe toujours une position intermédiaire entre l'indépendance et la fusion avec le principal, il peut se trouver plus ou moins proche d'un de ces deux termes. Sans poursuivre pour le moment plus avant dans cette voie, on conçoit que la règle de l'accessoire soit dotée d'une plus grande vigueur et produise des effets plus complets lorsque l'accessoire est intimement lié au principal que lorsqu'il est au bord de l'autonomie.

*
* *

35. — Ces quelques observations montrent que la notion d'accessoire au sens strict est viable, même si ces caractères ne permettent pas de trancher avec la rigueur d'un critère mathématique. Certes, l'idée qu'une chose de piètre importance est accessoire est bien ancrée dans les esprits. Mais c'est d'une autre notion d'accessoire qu'il s'agit alors.

Une grande partie de l'obscurité qui entoure le terme « accessoire » se dissipe si l'on distingue trois sens différents du même mot.

1) Est accessoire tout ce qui suit le sort d'un élément qui, parce qu'il est le pôle d'attraction, est principal, et tout ce qui est négligé et s'efface devant les éléments essentiels. Une notion aussi large est pratiquement impossible à définir autrement que comme le rassemblement des éléments soumis à des mesures de « nivellement », ou de « réduction ». La qualification d'accessoire intervient *a posteriori* pour décrire le résultat de l'application de ces procédés.

2) C'est encore parce que la règle de l'accessoire enseigne que l'accessoire suit le sort du principal que le terme « accessoire » est appliqué à des choses de faible importance quantitative. Notre droit connaît en effet des hypothèses où un élément subit l'attraction juridique d'un élément quantitativement plus important. C'est ce qu'exprime la formule *major pars trahit ad se minorem*. Mais si c'est bien en raison de ces phénomènes d'attraction que la *minor pars* est qualifiée « accessoire », cette situation se sépare de la conception extensive de l'accessoire groupant toutes les hypothèses de « nivellement » et de « réduction ». La différence d'importance quantitative est un critère général. Si, sous des conditions qui restent naturellement à préciser, la disproportion des valeurs *déclenche toujours* la règle *major pars trahit ad se minorem*, on n'est plus en présence d'une infinité de solutions hétéroclites. La notion de chose d'importance quantitative relativement inférieure peut être isolée, alors que la notion générale de ce qui suit le sort d'autre chose est trop vague et multiforme pour pouvoir être juridiquement précisée.

3) Il existe une autre notion d'accessoire dont les caractéristiques peuvent être isolées à partir de l'analyse des données et non après application des procédés de « nivellement » ou de « réduction ». L'accessoire qui s'ajoute au principal suivant les modalités que nous avons décrites et qui doit au principal de pouvoir se réaliser en raison de sa structure ou de son but, est subordonné au principal. Mais la hiérarchie entre les deux éléments ne reçoit pas une expression mathématique : elle tient à la manière dont est effectuée la liaison entre les deux termes du rapport d'accessoire à principal. Cet accessoire, que nous avons appelé « accessoire au sens strict » parce que la notion ainsi dégagée correspond le plus exactement à la signification du mot, suit le sort du principal, car le lien qui l'unit à son support l'y prédispose.

Le point commun entre ces hypothèses différentes est, en définitive, la « règle de l'accessoire ». Si la *minor pars* et l'accessoire au sens strict sont désignés par le même mot, en même temps que nombre d'autres situations impossibles à définir a priori, c'est que dans tous ces cas, d'une façon ou d'une autre, « l'accessoire » suit le principal. Ceci laisse entrevoir que la « règle de l'accessoire » est elle-même très générale et qu'on peut en distinguer différents aspects.



36. — On comprend mieux maintenant pourquoi l'idée que la règle de l'accessoire est une application de la logique juridique est si répandue ; l'accessoire, au sens strict, a, en raison du lien original qui l'unit à son support, vocation à suivre le sort du principal. Bien souvent, il suffit d'un raisonnement simple, d'un peu de bon sens, pour que cette aspiration se réalise. Il était intéressant de décrire

cette situation par une formule frappante et ramassée : *accessorium sequitur principale*.

Mais on ne peut s'en tenir là. Très vite, en effet, on s'aperçoit qu'il est extrêmement facile de dépasser ce stade. Il est tentant de profiter de la vocation de l'accessoire à suivre le sort du principal en l'accentuant pour lui faire produire des effets plus complets que ceux qui résultent des prémisses.

La frontière est très délicate à tracer. Son passage est d'une importance capitale, car la règle de l'accessoire devient un procédé technique qui ne peut plus se recommander exclusivement de la simple logique. Il reste encore un rapport d'accessoire à principal au sens strict, mais ce n'est plus de là seul que vient la solution et le mécanisme que signale la maxime *accessorium sequitur principale* est doté d'une valeur propre.

A partir de ce moment, on ne s'étonne pas qu'un nouveau pas soit franchi. Il est d'autres hypothèses où un élément suit le sort d'un autre, sans même qu'à l'origine on trouve un rapport d'accessoire à principal au sens strict. *Par analogie*, on parle alors de règle de l'accessoire pour désigner des procédés différents aboutissant à des résultats semblables. C'est le cas du phénomène d'attraction que signale l'adage *major pars trahit ad se minorem*. La conception quantitative de l'accessoire ne peut se comprendre que dans le cadre d'une extension de la règle de l'accessoire. Cette extension peut encore se poursuivre et tous les cas de « nivellement » ou de « réduction » être englobés dans la liste des applications de la règle, qui devient alors aussi vague que la notion d'accessoire devient diffuse.

En dressant ce schéma, nous ne prétendons pas reconstituer une évolution historique. Il est probable que les différents aspects de la règle de l'accessoire se sont développés simultanément. Mais telle est bien la structure du système en droit positif.

37. — Règle « qui procède simplement de la logique et du bon sens », « règle capitale et féconde », ou « règle d'une civilisation grossière et primitive » ?... Nous avons rapporté ces jugements contradictoires qu'inspire la règle de l'accessoire⁷⁵. Leur opposition est d'autant plus surprenante qu'elle ne paraît pas correspondre à un conflit d'écoles et qu'on trouve des avis discordants chez des auteurs qui ont, au fond, une même conception du droit.

On se doute bien que la louange sans réserves, comme la condamnation catégorique manquent trop de nuances pour ne pas être quelque peu excessives. Mais il reste que la règle de l'accessoire suscite des opinions diamétralement opposées, ce qui serait difficilement compréhensible... si partisans et adversaires parlaient de la même chose. Tout s'éclaire, au contraire, si l'on considère que

75. *Supra*, n° 2, 5.

ce sont deux aspects différents de la règle de l'accessoire qui sont en cause.

Lorsqu'un accessoire s'ajoute au principal et ne peut se réaliser que joint à ce principal, il est placé dans une position dépendante. Il est logique, il est conforme au bon sens, de tenir compte de cette dépendance, d'en tirer des conséquences juridiques. Ce sont ces conséquences qu'exprime le premier aspect de la règle de l'accessoire. Un excès de logique est parfois critiquable. Il s'agit cependant d'hypothèses exceptionnelles et, généralement, les solutions inacceptables révèlent un raisonnement établi à partir de bases erronées. La règle de l'accessoire, sous son aspect logique, doit certes être contrôlée⁷⁶. Mais le raisonnement logique, est une technique générale du droit. Tant qu'elle traduit les conséquences rationnelles de l'analyse de cette donnée qu'est le rapport d'accessoire à principal, la règle de l'accessoire ne présente à cet égard aucune originalité. Elle ne saurait en tout cas encourir une condamnation générale ni susciter une hostilité particulière.

Mais la règle de l'accessoire ne se borne pas à être une formule commode pour développer et synthétiser des solutions entièrement contenues en germe dans le rapport d'accessoire à principal. Nombre de ses applications dépassent les simples conséquences logiques de la relation unissant l'accessoire au principal. Sous ce second aspect, la règle de l'accessoire se présente comme une technique qui permet de résoudre un certain nombre de difficultés. A ce stade, on comprend parfaitement que les avis divergent sur l'opportunité de faire emploi de ce procédé dans telle ou telle hypothèse et que d'autres voies puissent être préférées. On peut même se montrer assez méfiant à son égard, car imposer à un élément de suivre le sort d'un autre paraît a priori un système brutal et l'élimination des nuances qui le caractérise peut heurter le souci d'affinement du droit. Ce qui est, en tout cas, certainement critiquable, est l'attitude qui consiste à tenir la règle de l'accessoire pour un principe indiscutable quelles que soient les circonstances et les conditions de son intervention. Dès lors qu'il ne s'agit plus de solutions découlant de l'analyse des données, il n'est plus exclusivement question de logique et de bon sens. L'utilisation du procédé peut se justifier par des raisons pratiques. Ce n'est qu'un moyen parmi d'autres de trancher des litiges ; ce n'est pas toujours le meilleur.

La distinction entre ces deux aspects de la règle de l'accessoire est la clef qui permet d'en comprendre le rôle en droit positif. On ne peut espérer voir clair au milieu de ce qui semble, au premier abord, une collection de solutions incohérentes, qu'en suivant ce fil conducteur. Faire le départ entre les conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal et les applications plus ou moins arbitraires d'un mécanisme commode est la seule méthode

76. Sur la subordination de la « technique » à la « science », cf. F. Géný, *Science et technique*, IV, n°s 284 s., p. 59 s.

permettant de résoudre les apparentes contradictions de la règle de l'accessoire.

38. — Il serait donc très insuffisant de borner notre étude à ce que l'on peut considérer comme le « noyau central » de la règle de l'accessoire : l'expression des effets logiques de la vocation naturelle de l'accessoire — au sens strict — à suivre le sort du principal. Mais d'un autre côté, il n'est pas possible d'entreprendre ici l'examen de la règle de l'accessoire dans son acception la plus large : la qualification d'accessoire attribuée *a posteriori* ne permet pas de fixer de limites à la règle. Non seulement il faudrait passer en revue toutes les hypothèses où il y a déjà été plus ou moins directement fait allusion, mais on pourrait sûrement rattacher à la règle ainsi entendue d'autres cas, où l'on n'a pas encore songé jusqu'ici à l'utiliser pour désigner la situation. On serait ainsi amené à reprendre presque tout l'ensemble du droit. Nous devons y renoncer.

Il y a déjà fort à faire pour tenter d'exposer le fonctionnement de la règle de l'accessoire conçue comme la mise en œuvre de la notion d'accessoire au sens strict et s'étendant à l'utilisation de la conception quantitative de l'accessoire. C'est d'ailleurs seulement dans cette limite que l'on peut attendre de la règle assez de précision pour présenter, en tant que principe général, un réel intérêt pratique :

— Il y a d'abord les conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal au sens strict, exprimées par la maxime *accessorium sequitur principale*.

— Il y a aussi un mécanisme technique dont on peut tirer des effets utiles. Les résultats passent alors au premier plan et c'est pourquoi, sous ce second aspect, la règle de l'accessoire s'élargit : non seulement le rapport d'accessoire à principal proprement dit est exploité pour obtenir des solutions qui dépassent celles que fournit le simple raisonnement, mais l'adage *major pars trahit ad se minorem* apparaît, introduisant une conception large de l'accessoire dont le critère est d'ordre quantitatif.

C'est ce schéma que nous allons suivre pour tenter une explication de la règle de l'accessoire en droit positif.

Encore faut-il immédiatement signaler que ces divisions n'ont pas la rigidité que leur présentation formelle laisserait supposer. la règle de l'accessoire est une règle vivante et non une formule abstraite. Les interférences entre ses différents aspects sont nombreuses et le passage d'un degré à l'autre se fait souvent de façon presque insensible. Si bien que plutôt que des limites nettes, on trouve de larges zones frontalières, certes nuisibles à la précision d'un exposé théorique, mais précieuses pour la souplesse des solutions pratiques.

La difficulté d'une exposition rigoureusement cloisonnée s'aggrave du fait que l'examen de la règle de l'accessoire en droit posi-

tif ne peut se faire qu'à l'aide d'exemples de son application. Or, nombre de situations où la règle est invoquée sont le siège d'un glissement progressif d'un de ses aspects à l'autre. De sorte que ce n'est pas seulement le choix des exemples qui recèle une part d'arbitraire, mais leur répartition même sous telle ou telle rubrique peut parfois prêter à discussion, car selon que l'on insiste sur un point ou un autre, l'éclairage change et la même hypothèse pourrait figurer à l'appui de plusieurs démonstrations. Ce n'est pas très grave puisqu'il ne s'agit que d'illustrer le mécanisme de la règle et non de dresser une liste exhaustive de ses applications sous ses différents aspects. Mais il reste que, sous peine de morceler à l'excès les discussions, on est souvent contraint de faire allusion à des solutions qui ne respectent pas strictement la progression de l'exposé suivant le schéma indiqué.

Ces défauts sont inévitables. Leur existence même révèle que, si l'on peut en distinguer plusieurs aspects, la règle de l'accessoire est unique. La mettre sous forme de plan a quelque chose d'artificiel dans la mesure où les coupures sont accentuées. C'est une utile méthode d'exposé, mais il ne faut pas pour cela voir des frontières là où ne sont en général que des transitions.

Sous le bénéfice de ces observations, nous diviserons donc l'étude de la règle de l'accessoire en deux parties :

1^{re} Partie : la règle de l'accessoire, expression des conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal.

2^e Partie : la règle de l'accessoire, procédé technique original.

PREMIERE PARTIE

LA REGLE DE L'ACCESSOIRE,
EXPRESSION DES CONSEQUENCES LOGIQUES
DU RAPPORT D'ACCESSOIRE A PRINCIPAL

39. — Lorsqu'un accessoire est « ajouté » au principal, il ne s'agit pas d'une simple juxtaposition éphémère. Que le service du principal soit le but de l'accessoire ou que l'accessoire doive son existence au soutien du principal, toute l'originalité de la liaison entre les deux éléments tient au rôle de support joué par le principal : l'accessoire seul est incomplet, il lui manque quelque chose qu'il ne peut trouver que dans son union avec le principal.

Il en résulte immédiatement des conséquences juridiques importantes. Dès que le principal est l'objet d'une règle de droit, il peut se trouver atteint dans sa fonction de support de l'accessoire. Sans même être spécialement visé, l'accessoire en subit inévitablement le contrecoup. L'accessoire, de son côté, n'est complet que s'il est pris avec son support. Or les règles juridiques spécialement élaborées pour s'appliquer à des accessoires sont assez rares. Si bien que nombre de dispositions conçues pour s'appliquer à des objets indépendants ne peuvent saisir cette fraction d'objet que constitue l'accessoire envisagé sans le principal...

Pour déterminer la portée des règles de droit applicables en présence d'un rapport d'accessoire à principal, il faut tirer les conséquences logiques de cette relation qui s'impose comme une donnée de fait. Il faut encore tenir compte de cette situation dans la manière d'appliquer les règles juridiques, de les coordonner, de jouer de leur souplesse, pour éviter des résultats incohérents.

L'accessoire a vocation à suivre le sort du principal. Il suffit d'un peu de logique et de bon sens pour que l'application du « droit commun » aboutisse à des solutions qui peuvent s'exprimer : *accessorium sequitur principale*.

Mais, si l'accessoire a besoin du support du principal, la réciproque n'est pas vraie. La caractéristique de la relation d'accessoire à principal est d'établir un lien de dépendance unilatérale. L'adage traditionnel sous-entend la formule complémentaire : « Le principal ne suit pas les sort de l'accessoire ». Ce corollaire dérive tout aussi logiquement de l'analyse du rapport d'accessoire à principal.

Ce sont les deux faces de la même règle et l'on ne peut évoquer l'une d'elles sans tenir la seconde pour acquise. Mais, si les

deux formules sont toujours vérifiées simultanément, selon les circonstances c'est l'une ou l'autre qui figure au premier plan. Tout dépend, en effet, du degré de cohésion qu'offre l'ensemble formé par le principal et l'accessoire.

Le plus souvent, ce sont deux choses bien distinctes qui s'offrent aux regards : D'un côté le principal, de l'autre l'accessoire, et il faut un examen un peu plus approfondi — quoique très simple — pour apercevoir le lien qui unit les deux éléments. Or, il est tout à fait normal qu'à des objets différents s'appliquent des règles juridiques différentes. Que le principal ne suive pas le sort de l'accessoire n'offre alors pas d'originalité et il n'y a pas à y insister. Ce qui est beaucoup plus remarquable est que l'accessoire suive le sort du principal. C'est là que la portée des règles de droit se trouve influencée par l'existence du rapport d'accessoire à principal.

A l'inverse, il arrive parfois que ce soit un tout qui apparaisse au premier abord et que l'on découvre seulement par un effort d'analyse une relation d'accessoire à principal entre les éléments qui le constituent. L'hypothèse est un peu plus délicate. Elle se rencontre notamment en matière contractuelle, où l'aménagement de clauses distinctes nettement individualisées et, partant, susceptibles d'être entre elles dans un rapport d'accessoire à principal, s'insère dans le cadre d'un contrat unique. Lorsqu'ainsi l'accessoire et le principal font partie d'un même ensemble, il n'y a rien de surprenant à ce que l'accessoire suive le sort du principal, tant il est vrai qu'il est normal que les différentes parties d'un tout soient solidaires les unes des autres. Mais le principal ne suit pas le sort de l'accessoire, et c'est là qu'apparaît la hiérarchie originale entre les deux éléments.

Il faut bien insister sur la complémentarité des deux formules : « l'accessoire suit le sort du principal » et le « principal ne suit pas le sort de l'accessoire ». Elles n'ont de sens que si elles peuvent s'appliquer *en même temps aux mêmes hypothèses*. Seulement, suivant les données de fait, c'est tantôt l'une, tantôt l'autre, qui traduit, seule, le particularisme de la situation issue du rapport d'accessoire à principal. C'est en ce sens qu'il faut entendre la distinction des deux chapitres qui vont suivre.

CHAPITRE I

L'ACCESSOIRE SUIV LE SORT DU PRINCIPAL

40. — Le sort de l'accessoire dépend de celui de son support. C'est cette conséquence logique du rapport d'accessoire à principal qu'exprime avec bon sens, la maxime *accessorium sequitur principale*. Car si elle n'est pas que cela, la règle de l'accessoire est, effectivement, au premier chef, une « règle de bon sens ».

Schématiquement, il est possible de distinguer deux aspects du bon sens en matière juridique, qu'illustre notre maxime :

— Tout d'abord *l'évidence ou du moins ce qui ressort de la simple constatation*. Il y a dans l'idée de « bon sens » un certain refus de l'effort intellectuel. Il ne peut être question de raisonnement subtil. Le bon sens reste attaché à la réalité. Il repousse les solutions appuyées sur les plus séduisantes des théories si elles méconnaissent la réalité.

Il existe des situations où la simple constatation des faits peut s'exprimer : *accessorium sequitur principale*. A ce point de vue, la maxime est la traduction du « bon sens ».

— Il faut aller plus loin. Le « bon sens » élabore des règles simples à partir de la réalité. Il y a là un apport positif auquel s'attache une certitude voisine de la constatation des données. A ce stade, le « bon sens » nous paraît se caractériser par *l'intuition, commune au plus grand nombre, d'une solution souhaitable*. Cela signifie que cette solution doit correspondre à des résultats pratiques heureux, sans que, dans la mesure du possible, ce jugement de valeur soit soumis aux variations de politiques juridiques. En même temps, pour être immédiatement saisie par tous, cette solution doit être logique. Si le « bon sens est du monde la chose la mieux partagée », c'est qu'il dépend de la raison.

Si l'on oppose parfois le bon sens à la logique c'est encore d'un raisonnement logique qu'il s'agit : le procédé s'apparente à la démonstration par l'absurde dans laquelle la logique se contrôle

elle-même. Un raisonnement n'est contraire au bon sens que s'il est illogique ou s'il est établi à partir de données erronées.

La règle de l'accessoire illustre aussi cet aspect du « bon sens » juridique : elle inspire des solutions rationnelles, pratiquement heureuses.

Tantôt expression de la constatation des faits, tantôt formule synthétique d'un raisonnement simple orientant l'application des règles de droit, l'adage *accessorium sequitur principale* est une maxime de « bon sens ». L'admettre n'est d'ailleurs pas cantonner la règle de l'accessoire dans un domaine « vulgaire » — comme on oppose le sens « vulgaire » des mots à leur signification dans la langue juridique. Il n'y a pas de matière dont soit exclue l'application du bon sens et, de même qu'il existe une « coutume savante », on peut admettre qu'à côté du bon sens de « l'homme de la rue » il y a — le rapprochement des mots dût-il choquer — un « bon sens savant ». Les institutions juridiques, les règles techniques, les systèmes, font partie de la réalité juridique. Constaté les résultats obtenus, promouvoir une solution heureuse peut, à tous les niveaux, être le « bon sens ».

Les deux aspects de la maxime *accessorium sequitur principale* que l'on recouvre généralement de l'étiquette commune de « règle de bon sens » correspondent à deux degrés dans l'exploitation des conséquences du rapport d'accessoire à principal.

Lorsqu'on dit que la disparition du principal entraîne la chute de l'accessoire, lorsqu'on remarque que l'accessoire a besoin du support du principal, on se borne à constater les conséquences négatives du rapport d'accessoire à principal. Il suffit de décrire la situation. C'est le rôle de la maxime *accessorium sequitur principale*.

Il en va autrement lorsqu'un choix s'ouvre entre plusieurs solutions. Alors il s'agit de tirer des conséquences positives du rapport d'accessoire à principal. La règle de l'accessoire intervient pour conduire au résultat que réclame le bon sens. La maxime *accessorium sequitur principale* prend un rôle actif. Elle oriente l'interprétation.

SECTION 1. — La constatation des données : *L'accessoire périt avec le principal*

41. — La disparition de l'accessoire par suite de l'anéantissement du principal est un aspect souvent évoqué de la maxime *accessorium sequitur principale* : De la manière la plus complète et la plus brutale, l'accessoire suit le sort du principal qui l'entraîne dans sa chute.

Il peut sembler curieux de commencer par cette conséquence extrême l'examen du jeu de la règle de l'accessoire, alors qu'il n'est

pas douteux qu'elle est susceptible de produire bien d'autres effets au cours de l'existence du principal et de l'accessoire.

Mais il est d'une bonne méthode d'aborder une matière aussi complexe et embrouillée « en commençant par les objets les plus simples et les plus aisés à connaître, pour monter peu à peu comme par degrés jusques à la connaissance des plus composés¹ ». Or, cette application ultime de la maxime *accessorium sequitur principale* est aussi la plus simple à expliquer. Il n'est, en effet, nul besoin d'avoir recours à d'amples démonstrations : il suffit de constater les faits. A tel point que cet aspect de la règle peut être considéré, dans nombre d'hypothèse, comme un critère du rapport d'accessoire à principal².

L'exposé du principe est donc de la plus grande simplicité. Si bien que sa véritable démonstration se situe davantage dans la vérification qu'en constitue l'explication de certaines hypothèses qui font, à première vue, figure d'exception, mais se justifient aisément dès lors que l'on ne cherche pas à tirer de la règle de l'accessoire plus que la simple constatation des conséquences du rapport d'accessoire à principal.

§ 1. — Le mécanisme de la règle de l'accessoire.

C'est directement de l'analyse du rapport d'accessoire à principal que dépend l'explication de cet aspect de la maxime *accessorium sequitur principale*.

Il est inutile de rappeler qu'on ne peut recourir à cette fin aux notions d'accessoire et de principal au sens large : dans une telle optique, on qualifierait, après coup, d'accessoire tout élément dont l'effondrement aurait été provoqué par l'anéantissement d'un autre. Il faudrait alors expliquer cette situation en passant en revue toutes les hypothèses susceptibles de se rencontrer, sans que la maxime *accessorium sequitur principale* soit du moindre secours.

On irait au-devant de difficultés considérables si l'on tentait de justifier la disparition de l'accessoire entraînée par celle du principal à partir d'une conception quantitative du rapport d'accessoire à principal : pourquoi la piètre importance relative, en volume ou en valeur, serait-elle une cause de faiblesse telle que « l'accessoire » ne puisse subsister s'il n'est aux côtés d'un « principal » plus important ?

Au contraire, tout s'explique très simplement si l'on adopte une vue plus précise du rapport d'accessoire à principal : l'accessoire est issu du principal ou est affecté à son service. Par sa destination ou son origine, l'accessoire tient de sa liaison avec le principal une partie essentielle de lui-même. La disparition du principal retire à

1. Descartes, *Discours de la Méthode*, II^e partie, principales règles de la méthode, 3^e précepte.

2. Cf. *supra*, n^o 22.

l'accessoire son support. Privé soudainement de but ou de substance, l'accessoire est gravement frappé.

Le même résultat serait atteint, dès l'origine, si le principal fournissait à l'accessoire une base insuffisante. C'est toujours la même idée : l'accessoire n'existe que si et dans la mesure où le principal lui fournit un support. Le principal commande aussi bien la durée que les dimensions de l'accessoire. Encore faut-il, dans les deux cas, éviter d'entendre la maxime *accessorium sequitur principale* de façon trop absolue. Elle se borne ici à exprimer une constatation ; elle ne peut dépasser les conséquences du rapport d'accessoire à principal.

A. — La durée de l'accessoire est limitée
par celle du principal

Il faut quelque peu nuancer l'idée que l'accessoire ne peut durer plus que le principal. Une telle formule doit en effet être précisée dans le cadre des différentes formes de liaison entre l'accessoire et le principal.

42. — a) Si l'accessoire a pour destination le service du principal, il se trouve dépourvu d'utilité lorsque le principal est anéanti. Ceci se traduit par des conséquences distinctes selon la nature de l'accessoire.

Dans le secteur des créations *juridiques*, telles que les droits et obligations, on peut prendre la formule *accessorium sequitur principale* à la lettre. Ce monde intellectuel ne peut s'encombrer d'éléments incomplets et inutiles. Point n'est besoin de longue démonstration pour établir que, lorsqu'un droit est créé pour servir un certain but, si ce but vient à défaillir, le droit, n'ayant plus aucune raison d'être, s'effondre. En effet, le but s'intègre à la structure même des institutions juridiques.

Ainsi, les sûretés, destinées à garantir le paiement au créancier, ne se conçoivent pas sans une créance à garantir, dont elles assurent la pleine efficacité³. C'est ce qu'exprime l'article 2012 du Code civil, à propos du cautionnement : « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable »...

Sans doute ne faut-il pas aller trop loin : la créance garantie peut être future ou même éventuelle et on ne discute plus de la validité de l'hypothèque consentie lors d'une ouverture de crédit⁴ ou d'un compte courant dont le solde peut éventuellement être débiteur⁵. Mais actuelle, future ou éventuelle, il faut toujours une

3. Beudant-Voirin, XIII, n° 23.

4. Civ. 21 novembre 1849, *D.P.* 1849, 1, 275 ; Req. 8 mars 1853, *D.P.* 1854, 1, 341, Beudant-Voirin, XIV, n° 815 ; H.L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, III, n° 235.

5. Civ. 22 mars 1852, *D.P.* 1852, 1, 86 ; Civ. 12 juin 1936, *G.P.* 1936, 2, 422.

créance au paiement de laquelle la sûreté est affectée. Et cette créance doit être bien déterminée. La loi prohibe « l'hypothèque volante ⁶ » et la jurisprudence exige que la créance soit individualisée dans l'acte constitutif de l'hypothèque, par indication de sa cause et de sa nature, au moins par référence ⁷.

La sûreté se trouve donc nécessairement attachée à une créance donnée. Dès lors, les conséquences sont inéluctables : l'extinction de la créance, par paiement, compensation... fait disparaître la sûreté (article 2180) de même que l'annulation de la créance. En effet, dès lors que la créance n'est plus susceptible d'exécution, la sûreté ne peut survivre, puisqu'elle n'avait d'autre raison d'être que de garantir cette exécution ⁸.

C'est donc la nature même de la sûreté qui lui fait suivre le sort du principal. Et l'on pourrait multiplier les exemples de situations analogues. D'autant plus qu'il n'y a pas à distinguer entre des accessoires « par nature » et des accessoires « occasionnels », c'est-à-dire des rapports juridiques qui, en d'autres circonstances, pourraient exister à l'état indépendant, mais qui sont, en fait, destinés à compléter une opération principale : le mécanisme est toujours le même ; l'accessoire ne peut survivre à l'anéantissement de son but.

Tel est le cas, par exemple, des contrats accessoires. Un contrat peut, en effet, être affecté au service d'une autre convention. Créé pour rendre plus efficace le contrat principal, pour en faciliter l'exécution, le contrat accessoire ne se comprend qu'en fonction de ce but. Lorsqu'un employeur concède un logement à son salarié pour lui permettre de se rapprocher de l'entreprise et ainsi d'exécuter commodément le contrat de travail, c'est en considération de ce contrat principal que les parties se sont engagées dans un contrat de bail accessoire ⁹.

Ceci peut s'exprimer en disant que le contrat principal est la *cause* du contrat accessoire.

Et il n'est pas besoin, pour l'admettre, de reprendre les discussions théoriques qui se sont élevées à propos de la notion de cause. Il est même inutile de rechercher s'il convient de distinguer ici entre la cause du contrat et la cause des obligations, tant il est vrai

6. R. Rodière, note sous Civ. 6 février 1939, *S.* 1941, 1, 145. L'exception de l'art. 2082 étendant la garantie aux dettes nées postérieurement à la constitution du gage, d'interprétation stricte, réalise davantage un droit de rétention qu'une survivance du gage proprement dit (R. Rodière, note précitée).

7. Civ. 6 février 1939, *S.* 1941, 1, 145, note R. Rodière ; *D.* 1939, 1, 53, note J. Plassard.

8. Beudant-Voirin, XIII, n° 23.

9. Le salarié qui bénéficie d'un logement attribué pour son habitation accessoirement à ses fonctions, occupe les lieux mis à sa disposition en vertu d'un contrat qui, bien qu'obéissant à des règles particulières, n'en est pas moins un contrat de location. (Soc., 3 mars 1966, *J.C.P.*, 1966, G IV, p. 53 ; *G.P.*, 1966, 1, 352.)

que le but qu'est le contrat principal apparaît à tous les niveaux. Que l'on adopte une conception purement subjective de la cause ou un système plus nuancé, que l'on soit partisan de l'unité de la notion ou que l'on tienne que la définition de la cause doit varier selon qu'il est question d'absence de cause, d'erreur sur la cause ou de cause illicite, il semble que l'on doive s'accorder à reconnaître que le contrat principal est, selon l'expression de Capitant, « entré dans le champ contractuel¹⁰ ». Et même à s'en tenir à un examen extérieur du contrat, le résultat recherché s'articule objectivement avec les prestations du contrat principal.

Si ce contrat principal vient à disparaître, le contrat accessoire se trouve donc privé de cause, il s'effondre¹¹. A la question « le résultat juridique voulu peut-il être atteint¹² ? », il faut répondre non. L'accessoire subit le même sort que le principal.

Mais le sens de la maxime *accessorium sequitur principale* doit être légèrement tempéré lorsqu'on quitte le domaine des créations du Droit pour envisager le secteur des choses corporelles.

43. — La notion de but se situe sur un plan intellectuel. Elle n'intervient pas, à proprement parler, dans la structure matérielle d'une chose corporelle. Sans doute, certains objets portent-ils en eux-mêmes leur destination en ce sens qu'ils sont façonnés, aménagés en vue d'une utilisation précise. Mais si cette utilisation devient impossible, il ne s'ensuit pas une modification de leur composition physique. La chose ne sert à rien, mais elle existe encore.

C'est ce qui se produit lorsqu'on envisage un rapport d'affectation entre deux objets corporels : l'anéantissement du principal ne détruit pas l'accessoire, mais le rend inutile. Le principal n'est pas un élément entrant dans la composition matérielle de l'accessoire, car le lien de destination se place sur un autre plan. Et ceci, même si ce lien se matérialise par une adhérence physique. Dans ce cas, l'accessoire court seulement le risque d'être *directement* atteint

10. H. Capitant, *De la cause des obligations*, n° 4.

11. L'art. 1829 C. Civ. en fournit un exemple. Ce texte, relatif au « cheptel donné au colon partiaire » décide que « ce cheptel finit avec le bail à métairie ». En effet, le bail à cheptel est un contrat accessoire du métayage. Le bétail est fourni au métayer pour lui permettre d'assurer avec efficacité l'exploitation du fonds, exploitation qui est l'objet du contrat principal. Le bail à cheptel ne peut donc survivre au contrat de métayage qui en est la cause. « Cela s'explique, car, si le preneur conservait la jouissance du cheptel après l'expiration du métayage, il pourrait transporter le bétail sur un autre fonds et laisser la métairie dépourvue de moyens d'exploitation. » (P. Voirin, note sous T. Par. Arr. Agen, 1^{er} décembre 1947, *J.C.P.*, 1948, N II, 4614.) Mais, que le bail à cheptel ne puisse survivre à l'extinction du contrat qui lui sert de support, ne signifie pas que le régime juridique du contrat accessoire doive, en tous points, être calqué sur celui du contrat principal (cf. *infra*, n° 110, note 298).

12. L. Boyer, *La notion de transaction ; contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, thèse, Toulouse, 1947, p. 196.

par les mêmes causes de disparition que le principal, mais si le principal seul est touché, l'accessoire n'est pas anéanti. C'est là une constatation fort simple : le phare anti-brouillard d'une automobile, parce qu'il est fixé à celle-ci, est exposé lui-même aux collisions qui peuvent le détruire en même temps que son support. Mais on peut concevoir que l'automobile seule soit détruite sans que la cause de destruction atteigne directement le phare anti-brouillard. Il est évident, dans cette hypothèse, que l'accessoire n'a pas matériellement disparu. Il a cependant perdu tout intérêt. Souvent, d'ailleurs, les biens désormais inutiles sont, parce qu'on s'en désintéresse, voués, à plus ou moins brève échéance, à une réelle disparition physique : le phare anti-brouillard qui demeure fixé à l'épave de l'automobile accidentée, finit par rouiller... si on ne le détache pas à temps. L'accessoire peut, en effet, retrouver son utilité s'il reçoit une nouvelle affectation. Mais ceci suppose d'abord une rupture du premier rapport de destination qui l'unissait à un principal détruit.

On remarquera d'ailleurs à ce propos que l'inutilité dont est frappé l'accessoire par suite de la disparition du principal s'entend de la situation actuelle et qu'il est impossible de dire qu'une chose est à jamais dépourvue d'utilité. C'est une des raisons pour lesquelles le droit de propriété sur l'accessoire privé de but subsiste. Seul son exercice peut se trouver paralysé par la perte du principal, mais non son existence. En effet le droit de propriété sur l'accessoire n'est pas créé pour le service du principal même si, en fait, il est exercé à cette fin. D'autre part la propriété conserve un objet, même si, pour le moment, il est sans intérêt. Seul, l'exercice du droit, qui consiste à tirer des utilités de la chose, cesse lorsque l'utilité de l'objet disparaît. Seulement, tant que la chose existe matériellement, il n'est pas certain qu'elle ne retrouvera pas un jour un autre but qui revivifiera l'exercice du droit de propriété.

La nuance qui apparaît dans les conséquences sur le sort de l'accessoire, de la disparition du principal, entre les accessoires matériels et les accessoires intellectuels, ne se retrouve pas aussi nettement lorsqu'on envisage le rapport d'accessoire à principal dérivant, non pas de l'affectation, mais de la « production ». En effet, le support que fournit le principal touche alors à la substance même de l'accessoire.

44. — *b)* Lorsque c'est par sa substance et non plus par son but que l'accessoire se révèle dépendant, il est encore logique que l'accessoire suive le sort du principal lorsque celui-ci vient à disparaître. Pas plus qu'en présence d'un rapport d'affectation, il n'est besoin de démontrer ce qui n'est qu'une simple constatation.

La règle est quelque peu obnubilée lorsqu'il s'agit de choses corporelles, car les exemples les plus nets d'accessoires empruntant le support matériel du principal sont les fruits pendants par branches et par racines. Or, dans ce cas, le principal est le sol, et le

sol est impérissable. Même si l'on adopte une vue concrète de l'immeuble, en considérant le fonds avec ses caractères physiques et non comme une portion idéale de l'espace, on a du mal à imaginer une cause de bouleversement assez grave pour transformer le sol, sans qu'elle atteigne en même temps *directement* les fruits qu'il porte. Il est cependant certain que s'ils étaient privés du support qui fournit leur substance, les accessoires périraient. Il en est des exemples. Des fruits pendants, en cours de maturation, sont les accessoires de l'arbre qui les produit. Or, si l'arbre est immeuble, il peut néanmoins disparaître. Que l'on coupe l'arbre et les fruits seront perdus. Ils ne muriront jamais. De même, le croit des animaux met en jeu la maxime *accessorium sequitur principale*. Dès avant la mise bas, l'animal en gestation a une certaine existence. Sans songer à une application abusive de la maxime *infans conceptus pro nato habetur*, il n'est cependant pas ignoré, ne serait-ce que par la plus-value qu'il procure¹³. Or, si l'animal qui le porte meurt, il est évident que l'animal en gestation, qui en était l'accessoire, disparaît aussi.

45. — Tout ceci est fort simple et ressort d'une simple constatation. Il en est de même lorsqu'on pénètre dans le domaine intellectuel des « institutions juridiques ». Lorsque l'accessoire est, au moins partiellement, composé d'une fraction du principal, il ne peut survivre à la disparition de ce support. On en trouve un exemple typique en matière contractuelle : Les contrats accessoires ne sont pas seulement ceux qui sont affectés au service d'une autre convention. Le contrat principal peut encore fournir un support à un « sous-contrat », greffé sur le premier et qui poursuit un but différent. Or, que signifie cette « greffe ? » Tout simplement que l'objet du contrat nouveau est tiré d'une des prestations fournies par le premier contrat ; si bien que cette prestation, élément du contrat principal, sert encore au contrat accessoire dont elle constitue la matière. Si le contrat principal est annulé, résilié ou résolu, le contrat accessoire disparaît alors faute d'objet.

Le contrat de sous-location est sans doute l'exemple le plus net et le mieux connu de cette catégorie de contrats accessoires. Le bail principal confère au locataire un droit de jouissance des lieux. C'est tout ou partie de ce droit de jouissance qui fait l'objet du nouveau contrat intervenu entre le locataire principal, sous-bailleur, et le sous-locataire. Le contrat accessoire ne peut donc survivre à la disparition du bail principal : « L'expiration du bail principal entraîne par voie de conséquence celle du sous-bail et le départ du locataire principal doit être accompagné de celui du sous-locataire¹⁴ ».

13. Cf. T.G.I., Seine, 14 octobre 1964, *G.P.*, 1965, 1, 77.

14. Mario Duni, « De la convention de bail à la relation légale d'occupation », *D.*, 1964, chron., p. 165.

Tout ceci procède directement de l'analyse des données. L'accessoire ne peut survivre à la disparition de son support. Il ne peut d'ailleurs pas davantage se contenter d'un support partiel : tout ce qui, dans l'accessoire, n'est pas ou n'est plus soutenu par le principal, tombe. C'est en ce sens que l'on peut dire que le principal commande la dimension de l'accessoire.

B. — Le principal commande la dimension de l'accessoire

46. — Certes, dire simplement que l'étendue de l'accessoire dépend de celle du principal est à la fois trop général et trop vague. Ce sont seulement les conséquences logiques de l'aménagement d'où est né le rapport d'accessoire à principal qu'exprime la maxime. Il faut donc se garder d'une application trop brutale de la règle et analyser avec précision le rapport d'accessoire à principal. Mais une fois bien établies les données, la situation est claire. Pour que l'accessoire puisse s'étendre au-delà de son support, il faudrait qu'il pût exister séparé du principal. Or le support du principal est nécessaire à l'accessoire et commande par conséquent la dimension de l'accessoire.

Les applications de ce principe sont multiples et s'expliquent de façon fort logique. Le Code civil en donne un exemple très net à propos du cautionnement dans l'article 2013 : « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses ». Il n'est qu'un accessoire affecté au service de la dette du débiteur principal. La caution ne peut devoir une somme supérieure, elle ne peut être tenue à payer des intérêts si l'obligation principale n'en produit pas, son engagement ne peut être pur et simple si la dette principale est conditionnelle¹⁵. Et c'est bien d'une limite fixée à l'accessoire par l'étendue de son support qu'il s'agit. Le texte continue en effet : « Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul : il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale ».

Il ne fait pas de doute qu'on peut se borner à garantir seulement une portion de la dette. *L'accessoire n'a pas nécessairement la même étendue que le principal. Mais il ne peut déborder de son support.* Ce qui excède les limites de la dette principale, n'étant plus soutenu, tombe¹⁶. Les conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal n'exigent rien d'autre.

Ce n'est pas là une solution exceptionnelle. Il est certain, par exemple, que le créancier hypothécaire ne peut obtenir sur le prix de l'immeuble plus que le montant de sa créance. Sans doute, l'assiette de l'hypothèque est-elle en général plus importante. Si, pour l'intérêt du crédit, des règles comme la réduction des hypothèques

15. H.L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, III, n° 13.

16. Beudant-Voirin, XIII, n° 87.

générales et surtout la spécialité de l'inscription tendent à éviter un écart trop considérable, il reste souvent que la valeur de l'immeuble affecté à la garantie de la dette en excède le montant. Ce n'est pas pour autant permettre à l'accessoire de déborder de son support. De même que tout le patrimoine de la caution est le gage du créancier, de même toute la valeur de l'immeuble hypothéqué garantit le paiement de la dette. C'est que jusqu'à la réalisation de la sûreté on ignore quels biens pourront exactement répondre de l'engagement de la caution et à quel prix pourra être vendu l'immeuble. Mais lorsque la garantie joue, le créancier ne pourra obtenir ni du cautionnement ni de l'hypothèque plus que sa créance. On s'aperçoit alors que ce n'est qu'une fraction des biens de la caution, une partie de la valeur de l'immeuble, dont la limite est donnée par la dette principale, sur lesquelles le créancier exercera ses droits. En forçant la comparaison on pourrait dire que, tout comme l'obligation de la caution ne peut être plus étendue que celle du débiteur, « l'engagement » de l'immeuble hypothéqué ne dépasse pas la dette principale : c'est de l'immeuble que le créancier exige le paiement de sa créance¹⁷, mais il ne peut lui réclamer davantage.

La généralisation de la règle écrite à l'article 2013 pour le cautionnement est aisée. Chaque fois que l'accessoire est affecté au service du principal, le support que lui fournit celui-ci est un but. En d'autres termes, l'utilité, le complément du principal, est la cause de l'accessoire. Dès lors, si cet accessoire dépassait son but, il manquerait partiellement de cause. Il ne pourrait donc subsister pour toute la partie dépourvue de cause, mais pour cette partie seulement. L'absence partielle de cause n'implique pas en effet nullité totale¹⁸. C'est donc seulement à une limite de l'étendue de l'accessoire que conduit l'idée de support.

47. — Une solution identique s'impose et s'explique tout aussi simplement lorsque ce n'est plus son but, mais son objet que le principal fournit à l'accessoire. On ne conçoit pas, par exemple, que le locataire puisse sous-louer plus de pièces que n'en comporte l'appartement dont il est locataire, ni conférer au sous-locataire des droits plus étendus qu'il n'en tient lui-même de son propre bail. Ici, la théorie de l'objet impose la solution et la règle de l'accessoire rejoint encore cette autre règle logique : *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

Mais, si l'étendue de l'accessoire dépend ainsi largement de celle du principal, il ne faut pas exagérer cette influence. Il ne

17. *Ibid.*, n° 308.

18. Sur l'absence partielle de cause, voir en particulier : Planiol et Ripert, par Esmein, t. 6 (Les obligations, 1^{er} vol.), n° 264 ; Beudant, *Contrats et obligations*, 1^{er} vol. par Lagarde, n° 207 ; H. Capitant, *De la cause des obligations*, nos 91 s. ; Demogue, *Traité des obligations*, t. II, n° 844, p. 739-742 ; Célice, *L'erreur dans les contrats*, thèse, Paris, 1922, p. 189 s.

s'agit d'abord que d'une limite supérieure que l'accessoire ne peut dépasser. Rien n'impose de calquer exactement les dimensions de l'accessoire sur celles du principal. D'autre part, ce n'est que dans la mesure où le support prêté par le principal commande l'étendue de l'accessoire que se manifestent ces effets logiques de la maxime *accessorium sequitur principale*.

D'où la nécessité de préciser, dans chaque cas, le rapport d'accessoire à principal.

Cet effort de précision du lien de dépendance permet de rendre compte de nombre de situations qui paraissent, au premier abord, mettre la règle de l'accessoire en difficulté. L'examen de telles questions constitue en réalité la meilleure vérification du principe dont l'exposé ne peut guère aller au-delà de l'énoncé de l'évidence.

§ 2. — Les limites de la règle de l'accessoire.

48. — Une application brutale de la maxime *accessorium sequitur principale* en cas de disparition du principal conduirait à des solutions inexactes. Il n'est pas besoin de longues recherches pour s'apercevoir que les choses ne se passent pas toujours aussi simplement que l'exposé du mécanisme de la règle de l'accessoire semble l'indiquer. Il ne manque pas d'exemples où la maxime paraît en échec ou, tout au moins, suscite des discussions pour son application.

A vrai dire, la plupart du temps, cette situation ne contredit en rien l'affirmation du caractère quasi-inéluctable du fonctionnement logique de la règle. C'est que le problème, quand il existe, se pose sur un autre plan : celui de la détermination du rapport d'accessoire à principal, dont la maxime *accessorium sequitur principale* ne fait qu'exprimer les conséquences.

Il est assez facile de reconnaître le lien de dépendance entre les deux termes du rapport. Mais ce lien ne présente pas une stabilité absolue et il faut vérifier s'il subsiste toujours au moment où il s'agit de faire jouer la règle de l'accessoire. Car il arrive que l'accessoire acquière l'indépendance lorsque disparaît le principal auquel il était primitivement rattaché. Il peut se faire aussi que l'accessoire, sans perdre cette qualité, change de support. Dès lors, l'anéantissement du support initial n'entraînera pas la chute de l'accessoire. Parfois enfin, si la maxime *accessorium sequitur principale* semble partiellement mise en échec, c'est parce que le rapport d'accessoire à principal ne concerne que certains aspects limités des éléments en présence. Il n'est alors pas étonnant que la règle de l'accessoire ne fonctionne elle-même que lorsque la question est abordée sous certains angles déterminés.

Sans prétendre faire une étude exhaustive des hypothèses dans lesquelles la disparition du principal soulève des difficultés pour la mise en œuvre de la règle de l'accessoire, quelques exemples

montreront que bien des questions doivent se résoudre simplement par une analyse du rapport d'accessoire à principal.

A. — L'accessoire devient indépendant

Certains accessoires ont une vocation naturelle à acquérir leur autonomie. C'est le cas de nombreux accessoires « par production » que leur but propre tend à éloigner de leur support. Mais il arrive parfois que, pour des raisons de politique juridique, le législateur confère l'indépendance à l'accessoire, quelle que soit la manière dont il était lié au principal.

On peut en voir une illustration dans la législation spéciale en matière de bail, comme dans l'exemple, étranger au droit positif, mais caractéristique au regard de la théorie de l'accessoire, de « l'hypothèque sur soi-même ».

a) Le bail.

49. — Il arrive que le titre en vertu duquel l'occupant jouit des lieux soit accessoire d'une autre relation juridique. La situation du locataire est alors relativement fragile puisqu'elle ne dépend pas seulement de son propre bail, mais encore du contrat principal. Pour maintenir le preneur en place, le législateur a parfois prolongé le bail accessoire par un titre d'occupation indépendant, faisant ainsi obstacle aux effets pratiques de la maxime *accessorium sequitur principale*, sans pour autant la contredire directement.

Tel est le cas dans l'hypothèse de sous-location.

En matière de baux-ruraux, la question ne peut guère se poser : les sous-locations sont en principe interdites, sauf de rares dérogations au profit des descendants du preneur. Et les tribunaux sanctionnent sévèrement la prohibition¹⁹.

Mais pour les baux commerciaux et les baux des locaux d'habitation, le régime est plus souple. Si le principe demeure la prohibition des sous-locations, l'objectif légal étant la protection du locataire qui justifie d'une exploitation effective et personnelle,

19. Soc., 13 novembre 1952, *D.*, 1953, 267, Soc., 21 novembre 1959, *Rev. fermages*, 1959, 148 ; *Bull.*, 1959, IV, n° 1172, p. 933.

Lorsque la sous-location est possible, le sous-locataire doit pouvoir bénéficier du statut des baux ruraux. Mais la Cour de cassation considère — ce qui est l'application de la maxime *accessorium sequitur principale* — que la sous-location ne peut excéder la durée du bail principal et qu'il est impossible de reconnaître au sous-locataire rural un droit au renouvellement en dehors de la continuation du bail principal (Soc., 12 novembre 1949, *Bull.*, 1949, n° 1028, p. 1138 ; Soc., 25 novembre 1965, *J.C.P.*, 1965, IV, éd. G., p. 165 ; cf. M. Cordier, « Les règles de formation du bail rural et les obligations et droits des parties en cours de bail », *J.C.P.*, 1963, Ed. N., I, 1761).

peu compatible avec une sous-location²⁰, la stipulation contraire peut être prévue au bail principal²¹. Les dérogations sont même plus larges en ce qui concerne les locaux d'habitation, puisque le texte prévoit expressément la faculté de sous-louer une pièce²² et accorde aux fonctionnaires affectés ou détachés hors du territoire européen de la France, le droit de sous-louer leur logement pour la durée de leur éloignement²³. On peut encore ajouter à ces hypothèses les sous-locations antérieures à la promulgation de la loi de 1948. Dans ces conditions, une sous-location peut ainsi se greffer sur un contrat soumis à la réglementation autoritaire.

Or, si le bail principal vient à disparaître, il ne s'ensuit pas nécessairement que le sous-locataire doive vider les lieux : en vertu de l'article 22 du décret du 30 septembre 1953 le sous-locataire du local commercial bénéficie du droit au renouvellement de son bail, tandis que le sous-preneur du logement d'habitation tire de l'article 4 de la loi du 1^{er} septembre 1948 le droit au maintien dans les lieux. Mais ces dispositions ne contredisent pas la règle *accessorium sequitur principale*. Bien au contraire, elles la consacrent et en tirent les conséquences.

Si le sous-locataire peut invoquer contre le propriétaire un droit direct au *renouvellement* de son bail commercial, c'est bien que ce bail est d'abord éteint, car « avant de songer à ressusciter il faut d'abord mourir²⁴ ». Sans doute, après avoir ainsi suivi le principal dans sa chute, l'accessoire semble pouvoir renaître sans le support de bail principal, puisque le droit au renouvellement appartient au sous-locataire directement contre le propriétaire, « à l'expiration du bail principal ». Seulement, il ne s'agit plus alors d'un bail accessoire. L'article 22 du décret du 30 septembre 1953 précise bien que le propriétaire n'est tenu au renouvellement à l'égard du sous-locataire « que s'il a autorisé ou agréé la sous-location et si, en cas de sous-location partielle, les lieux faisant l'objet du bail principal ne forment pas un tout indivisible, matériellement ou dans la commune intention des parties ». On comprend alors que le bail renouvelé ne soit plus soumis à la nécessité de prendre appui sur le bail principal. Il est devenu un bail indépendant, imposé par le texte comme un prolongement des relations directes entre le propriétaire et le sous-locataire, sans désormais faire le détour par le contrat principal. Le bail renouvelé ne tire plus son objet du bail principal mais, directement, de l'obligation du bailleur à l'égard de l'ancien sous-locataire. Et c'est pourquoi il faut que le propriétaire ait donné son agrément à la

20. B. Boccara, note sous Com., 10 novembre 1963, *J.C.P.*, 1964, II, 13703.

21. Art. 21 du décret du 30 septembre 1953 ; art. 78 de la loi du 1^{er} septembre 1948.

22. Art. 78, al. 2 de la loi du 1^{er} septembre 1948.

23. Art. 2 de l'ordonnance 59-24 du 3 janvier 1959.

24. P. Voirin, « La technique du Phénix », *D.*, 1962, chron., p. 143.

sous-location, accord qui ne se déduit pas d'une simple connaissance des faits²⁵. De plus, l'objet de ce nouveau bail doit être concevable sans le soutien d'un bail principal. D'où l'obstacle opposé au renouvellement en cas de sous-location partielle portant sur des locaux indivisibles.

On pourrait penser qu'accorder ainsi l'indépendance au contrat accessoire n'est qu'un procédé technique exceptionnel, destiné à parer la défaillance de son support. Il ne serait pas nécessaire d'y avoir recours lorsque le bail principal est lui-même renouvelé : le contrat principal renaissant serait de nouveau susceptible de fournir son appui à l'accessoire. Ce serait donc au locataire principal que le sous-locataire devrait s'adresser pour demander à son tour le renouvellement de la sous-location dont le caractère accessoire persisterait.

La Cour de cassation a considéré, au contraire, « que l'accord intervenu entre le propriétaire et le locataire principal pour renouveler le bail principal ne peut avoir pour effet de priver le sous-locataire du droit direct au renouvellement dont celui-ci peut se prévaloir en vertu du l'article 22 du décret du 30 septembre 1953 par l'effet de l'intervention du propriétaire à l'acte de sous-location²⁶ ». Dans cette hypothèse, le sous-locataire peut donc refuser de se contenter d'un renouvellement à lui accordé par le locataire principal et exiger un bail autonome, séparé²⁷. Ainsi le texte est-il interprété comme conférant au sous-locataire un droit absolu de détacher son contrat de bail de son support, de le rendre indépendant en invoquant son droit direct au renouvellement. Et ce bail devenu autonome, imposé au propriétaire, absorbe l'objet du bail principal qui avait été amiablement renouvelé, car le rapport d'accessoire à principal ayant disparu, deux conventions indépendantes ne peuvent coexister avec le même objet. C'est donc le renouvellement du bail principal qui tombe faute d'objet. Cette substitution du sous-locataire au locataire principal est, en effet, recherchée. Elle consacre « la suppression entre l'exploitant des

25. Com., 21 janvier 1957, *Bull.*, 1957, III, n° 28, p. 23 ; *D.*, 1957, somm., p. 106 ; Com., 6 mai 1959, *Bull.* 1959, III, n° 196, p. 176 ; *G.P.*, 1959, 2, 46 ; *D.*, 1959, somm. p. 85. — Com. 8 février 1960, *Bull.*, 1960, III, n° 52, p. 45 ; *D.*, 1960, somm. p. 77. — Paris, 16 octobre 1961, *D.*, 1962, somm., p. 17. — T.G.I. Seine, 14 février 1962, *D.*, 1962, somm., p. 118.

Il faut noter qu'à la différence du droit au renouvellement du bail commercial qui, fondé sur les relations directes du propriétaire et du sous-locataire, exige l'agrément de la sous-location par le propriétaire, le droit au maintien, fondé sur l'occupation légitime du sous-locataire, suppose seulement que le propriétaire a eu connaissance de la sous-location. Soc., 6 février 1963, *J.C.P.*, 1963, II, 13137, note R. Désiry ; *D.*, 1964, 34, note J. Bigot. — Soc. 18 juin 1964, *J.C.P.*, 1964, II, 13890, note R. Désiry.

26. Com., 23 octobre 1962, *J.C.P.*, 1963, II, 13007, note B. Boccara.

27. M. Duni, chronique précitée, *D.*, 1964, p. 165.

lieux, c'est-à-dire le sous-locataire, et le propriétaire, de l'écran manifestement parasitaire du bail principal²⁸ ».

Mais tout ceci ne heurte pas la règle *accessorium sequitur principale* puisqu'il n'y a plus d'accessoire ni de principal. On peut seulement y voir une illustration du caractère souvent temporaire de la qualité d'accessoire. Lorsqu'il est greffé sur le principal avec un but divergent, l'accessoire tend à l'indépendance, le passage par une situation subordonnée n'étant assez fréquemment qu'une étape nécessaire mais de plus ou moins brève durée. Dès que l'accessoire peut être détaché de son support il acquiert son autonomie.

50. — C'est une explication assez voisine qui rend compte de la situation en ce qui concerne le droit au maintien dans les lieux du sous-locataire d'un local d'habitation. Le principe est en effet très clair : « une sous-location ne peut se prolonger au-delà de la location principale et le sous-locataire, à l'expiration de celle-ci, ne peut, à l'égard du propriétaire, qu'il ait ou non reçu congé, se prévaloir, le cas échéant, que d'un droit au maintien personnel et légal²⁹ ». Il ne fait pas de toute que le sous-bail est définitivement éteint et la loi prend en considération le fait de l'occupation des lieux par le sous-locataire pour lui octroyer directement le droit de s'y maintenir. Ce droit à l'occupation n'a plus rien d'accessoire. Il a sa source dans la loi. Si le droit au maintien dans les lieux doit encore beaucoup au bail qu'il vient de relayer, il ne peut cependant être confondu avec lui³⁰. Il n'est donc pas question d'une survie du contrat accessoire à la disparition de son support. Mais au sous-bail s'est substituée une situation légale indépendante.

Cette indépendance n'est possible que si l'objet de la prérogative légale peut être envisagé sans faire nécessairement référence aux droits du locataire principal. Aussi, confirmant la jurisprudence antérieure³¹, un décret du 9 août 1953 a-t-il complété l'article 4 de la loi du 1^{er} septembre 1948 en ces termes : « En cas de sous-location partielle, le droit au maintien dans les lieux n'est opposable au propriétaire que pendant la durée du maintien dans les lieux du locataire principal. » Le droit au maintien du sous-locataire apparaît ainsi accessoire au droit au maintien du loca-

28. B. Boccara, note précitée, *J.C.P.*, 1963, II, 13007.

29. Formule du sommaire précédent l'arrêt, Soc., 4 janvier 1963, *Bull.*, 1963, IV, n° 21, p. 16. — Dans le même sens : Soc., 18 janvier 1962, *Bull.*, 1962, IV, n° 75, p. 64 ; Soc., 4 octobre 1962, *Bull.*, 1962, IV, n° 688, p. 569, *D.*, 1963, somm. p. 42. — Soc., 25 avril 1963, *Bull.*, 1963, IV, n° 350, p. 283, *D.*, 1963, somm. p. 70.

30. Cf. R. Désiry, « Réflexions sur la nature juridique du droit au maintien dans les lieux institué par la loi du 1^{er} septembre 1948 », *D.*, 1954, chron., p. 163.

31. Paris, 30 mai 1951, *Rev. loyers*, 1951, 443. — T. Civ., Nantes, 27 août 1951, *D.*, 1952, somm. p. 3.

taire principal, en raison de l'obstacle qui l'empêche d'apparaître complètement indépendant. Et on remarquera que l'effet logique de la règle *accessorium sequitur principale* s'applique aussitôt : la disparition du principal entraînera celle de l'accessoire.

La jurisprudence, comme souvent, hostile aux dispositions autoritaires de la loi de 1948, a fait une large application de cette règle qui limitait la durée du maintien dans les lieux du sous-locataire, considérant notamment qu'il y avait sous-location partielle même si la sous-location portait sur un local objectivement indépendant, constituant une habitation autonome³², tel un appartement entier dans un immeuble loué à titre principal³³. Sans doute le texte ne faisait-il aucune distinction, visant toute sous-location partielle, sans aucune restriction. Mais une telle solution se justifiait assez mal, car lorsque l'objet de la sous-location pouvait être envisagé de façon indépendante, à partir du moment où une situation légale venait relayer le contrat, il n'y avait pas de raison de maintenir son caractère accessoire. Pourtant, la Cour de cassation refusait de faire aucune distinction quant à la configuration des lieux et à leur indivisibilité³⁴.

Cette solution a été abandonnée par la loi du 4 août 1962 : « en cas de location partielle ou de sous-location partielle, le droit au maintien dans les lieux n'est opposable ni au propriétaire ni au locataire principal lorsque les locaux occupés forment, avec l'ensemble des lieux, un tout indivisible ». Ce système qui reprend une distinction déjà utilisée en matière de baux commerciaux se comprend beaucoup mieux : le droit au maintien dans les lieux est un droit légal, autonome. Mais ceci, à la condition que son objet ne nécessite pas, à raison de l'indivisibilité qui l'unit à l'ensemble des lieux, de faire appel au support d'un autre droit de jouissance sur lequel il doit être greffé : si une telle indivisibilité existe, le droit au maintien de l'ancien sous-locataire ne pourrait qu'être accessoire. La loi de 1962 a préféré couper court aux complications qu'entraînerait cette situation en supprimant, dans ce cas, le droit au maintien du sous-locataire. Si bien que, dans le régime actuel, ce droit ou est indépendant ou n'est pas. Mais, de toute façon, le critère de l'indivisibilité paraît satisfaisant³⁵.

32. Soc., 14 février 1958, *Bull.*, 1958, IV, n° 254, p. 186. — Soc., 13 décembre 1961, *Bull.*, 1961, IV, n° 1025, p. 817. — Soc., 13 décembre 1961, *Bull.*, 1961, IV, n° 1029, p. 821. — Soc., 15 juin 1962, *Bull.*, 1962, IV, n° 556, p. 451 ; *D.*, 1963, somm. p. 5. — Soc., 13 juin 1963, *Bull.*, 1963, IV, n° 499, p. 410 ; *J.C.P.*, 1963, G IV, p. 101.

33. Soc., 17 février 1961, *Bull.*, 1961, IV, n° 224, p. 176. — Soc., 17 juillet 1961, *Bull.*, 1961, IV, n° 788, p. 622.

34. Soc., 21 février 1962, *Bull.*, 1962, IV, n° 206, p. 147.

35. Tout n'est pas résolu pour autant et il reste à savoir si cette indivisibilité doit être matérielle ou peut être librement établie par les parties. La faveur marquée de la jurisprudence pour le régime de la liberté, excluant le maintien dans les lieux, voudrait sans doute que soit prise en considération l'indivisibilité résultant de la commune intention

Le jeu de la réglementation autoritaire en matière de baux ne fait qu'accentuer la tendance naturelle de l'accessoire poursuivant un but propre, à s'évader de l'orbite du principal, en se détachant de son support. Mais on s'aperçoit que, tant que la sous-location demeure un contrat accessoire, elle est soumise à la règle logique *accessorium sequitur principale*.

51. — Il est a priori plus difficile de rendre indépendant un accessoire par affectation. Il faut en effet, pour lui faire perdre sa qualité d'accessoire, lui donner un autre but que le service du principal, ce qui le dénature profondément.

On comprend alors que le parti-pris de faveur pour l'occupant ait cédé devant l'application de la règle de l'accessoire dans le cas de fourniture de logement accessoire du contrat de travail³⁶.

Un employeur peut évidemment conclure avec son salarié un contrat de bail absolument indépendant du contrat de travail qui les unit d'autre part. Inversement, la fourniture de logement peut être un avantage en nature consenti au salarié par le contrat de travail lui-même³⁷. Souvent aussi, les parties passent deux contrats distincts dont l'un est accessoire de l'autre. L'employeur consent un bail à son préposé, en raison de sa qualité de salarié de l'entreprise, afin de faciliter l'exécution du contrat de travail. Il s'agira, par exemple, de permettre au salarié de fixer sa résidence dans la ville où est située l'exploitation ou simplement de rapprocher son habitation du lieu de travail. C'est l'exemple, déjà signalé, d'un contrat accessoire d'un autre contrat.

Il est d'ailleurs à noter que le lien d'affectation peut encore se rencontrer lorsque le contrat de location est intervenu avec une personne autre que l'employeur. Un certain nombre de décisions se sont prononcées pour l'exclusion systématique, dans cette hypothèse, du rapport d'accessoire à principal unissant les deux conventions³⁸. Mais, si cette situation peut rendre plus difficile la preuve

des parties, comme la retient le décret du 30 septembre 1953 pour les baux commerciaux. Cependant, cette solution ne s'impose pas, car, à partir du moment où on se trouve dans la situation légale, les références au contrat devraient être réduites. Seule l'indivisibilité matérielle s'oppose sûrement à l'autonomie du droit au maintien du sous-locataire et il semble bien que seule elle soit visée par le texte. (En ce sens : *Annales des loyers, Guide des loyers*, 1963, t. 1, n° 162, p. 82.) Il y a indivisibilité matérielle lorsque, par exemple, la jouissance de la partie sous-louée ne peut s'effectuer sans troubler celle du surplus des lieux. Cette situation s'oppose à un droit indépendant du sous-locataire qui puisse ignorer celui du locataire principal.

36. G. Vivier, *La fourniture de logement au salarié par l'employeur*, thèse, Nancy, 1949, préface P. Voirin.

37. G. Vivier, thèse, n° 5.

38. Civ., 24 novembre 1944, *Rev. Loyers*, 1947, 658. Pour les décisions rendues sous l'empire de la loi actuelle : T. Civ., Toulouse, 2 décembre 1948, *G.P.*, 1949, 1, 169. — Colmar, 29 juin 1951, *Rev. Loyers*, 1951, 485.

du caractère accessoire du contrat, on voit mal ce qui permettrait de faire abstraction de ce caractère si « la convention locative n'a été consentie par le tiers logeur à son bénéficiaire qu'en raison et pour la durée de ses fonctions au service de l'entreprise³⁹ ». Et une telle situation se rencontre assez fréquemment lorsqu'une filiale est créée spécialement afin de prendre en charge le logement du personnel de la société mère.

Une fois établi le lien unissant les deux contrats, la situation dépendante du contrat accessoire se manifeste : l'anéantissement du contrat de travail met fin à la fourniture de logement⁴⁰.

C'est ce qu'admettent la loi et la jurisprudence. L'article 10-8° de la loi du 1^{er} septembre 1948 refuse le droit au maintien dans les lieux aux personnes « dont le titre d'occupation est l'accessoire du contrat de travail ». Et les tribunaux interprètent assez largement ce texte. La Cour de cassation a même considéré que ne donnait pas droit au maintien dans les lieux la location consentie au conjoint du titulaire du contrat de travail : « Attendu que le jugement attaqué ayant établi que le contrat de travail passé entre le

39. R. Désiry, note sous Soc., 9 février 1956, *D.*, 1956, 737. Cet arrêt refuse d'ailleurs au salarié le droit au maintien dans les lieux, mais en se fondant sur sa mauvaise foi (art. 4 de la loi du 1^{er} septembre 1948). Dans le même sens, v. l'opinion du ministre de la Justice : « Il ne paraît pas nécessaire que le bailleur d'un local soit l'employeur de celui qui l'occupe pour que le logement soit considéré comme l'accessoire d'un contrat de louage de services. Il paraît toutefois indispensable qu'une relation étroite existe entre l'exercice de la fonction et l'occupation des locaux par le titulaire de cette fonction. » (*J.O. Déb. Parl.*, 1948, p. 6670.) Adde T. Civ. Louviers, 20 janvier 1949, *J.C.P.*, 1949, G IV, p. 102. — Rapp. Soc., 19 juin 1963, *Bull.*, 1963, IV, n° 512, p. 420.

40. Comp. l'hypothèse du contrat de bail conclu pour faciliter l'exécution d'un contrat de gemmage de pins. La qualification du contrat en vertu duquel le gemmeur ou résinier entaille les pins pour en extraire la gomme ou résine a été discutée (cf. R. Courrègelongue, « La condition juridique du gemmeur », *J.C.P.*, 1947, I, 642 et notes sous T. civ. Mont-de-Marsan, 29 mai 1947, *J.C.P.*, 1947, II, 3750 et sous T. par. arrond. Mont-de-Marsan, 18 juillet 1952, *J.C.P.*, 1952, II, 7301. M. de Juglart, *Le droit rural, l'exploitation rurale*, 1949, p. 136 à 138). En raison de l'indépendance dont jouit le gemmeur, l'accord semble s'être fait pour voir dans ce contrat un louage d'ouvrage ou contrat d'entreprise. Selon l'aménagement des rapports des parties, on peut concevoir un bail rural principal auquel est annexé un contrat de gemmage accessoire ou un contrat de gemmage principal dont le bail n'est que l'accessoire. La première combinaison est analogue à l'hypothèse du contrat de cheptel accessoire d'un fermage ou d'un métayage. « Le cheptel finit avec le bail à métairie » (art. 1829 C. civ.). La seconde formule paraît plus répandue dans la région landaise. « C'est le gemmage qui, la plupart du temps, est le principal, le métayage ou fermage n'étant que l'accessoire » (R. Courrègelongue, note précitée *J.C.P.*, 1947, II, 3750). La question est alors plus délicate car on peut se demander si donner effet à la règle de l'accessoire n'est pas faire échec aux dispositions légales fixant la durée des baux ruraux. Mais peut-on laisser subsister un bail dépourvu de cause ? La pratique semble favorable à l'application de la maxime *accessorium sequitur principale* (cf. les décisions précitées).

propriétaire et dame Launay avait été la cause déterminante de la location consentie à son mari sur les lieux litigieux, appréciation non critiquée par le pourvoi, le fait ainsi admis suffit à justifier la décision⁴¹. »

Si bien que l'on peut penser que la disposition inscrite dans l'article 1751 du Code civil par la loi du 4 août 1962, selon laquelle « le droit au bail... est réputé appartenir à l'un et à l'autre des époux », ne saurait le faire échapper aux conséquences de son caractère accessoire s'il est sous la dépendance d'un contrat de travail.

On peut discuter ces solutions⁴² et soutenir que l'article 10-8° de la loi de 1948 ne vise que la concession de logement prévue par une clause du contrat de travail lui-même. Au contraire, un véritable bail, fût-il accessoire, conférerait un titre locatif susceptible de donner ouverture au maintien dans les lieux.

Il faut remarquer qu'une telle position ne heurte pas de front la maxime *accessorium sequitur principale*. Dans cette théorie, si l'occupant peut conserver le logement, ce n'est pas en vertu de la survie du contrat accessoire à la disparition du contrat principal, mais bien grâce au droit légal d'occupation, venu se substituer au contrat de bail anéanti⁴³. Le bail accessoire a bien disparu, faute de cause, lors de l'extinction du contrat de travail, mais il est remplacé par le droit au maintien, droit indépendant, qui n'a nul besoin d'un support⁴⁴ ; du moins lorsqu'il est possible de faire abstraction du rapport d'affectation, ce qui n'est pas toujours le cas. Le lien entre le bail et le contrat de travail dépend au premier chef de l'intention des parties. Mais il peut se concrétiser de telle sorte que, parfois, derrière la relation entre les deux contrats, apparaît un rapport d'accessoire à principal entre le fait de l'occupation des lieux et l'exercice des fonctions : objectivement, l'occupation d'une loge de concierge correspond à un emploi déterminé... Il paraît bien difficile de n'y pas voir une hypothèse visée à l'article 10-8° de la loi du 1^{er} septembre 1948, même si l'occupant bénéficie d'un titre locatif.

Il n'est d'ailleurs guère douteux qu'en pratique le texte reçoit la plus large application, sans que l'on distingue selon que l'occupant est titulaire d'un bail ou non, dès lors que le rapport d'acces-

41. Soc., 20 décembre 1961, *Bull.*, 1961, IV, n° 1075, p. 857.

42. G. Vivier, thèse, nos 97 et 98.

43. « Le droit à l'occupation ne réside plus alors dans le bail, puisque ce dernier est arrivé à son terme ou s'est éteint. Le droit à l'occupation n'existe plus qu'en vertu de la loi : c'est dans la loi elle-même qu'il a sa source. Celui qui reste dans les lieux n'est plus un locataire, c'est un occupant... » Rapport à l'Assemblée Nationale, *J.O. Déb. Parl.*, 1948, p. 565.

44. La situation serait identique s'il y avait novation d'un contrat accessoire à un contrat indépendant. Mais la novation ne se présume pas (cf. Soc., 19 juillet 1960, *Bull.*, 1960, IV, n° 796, p. 613).

soire à principal entre le titre d'occupation et le contrat de travail peut être établi. La maxime *accessorium sequitur principale* s'applique sans voir ses effets annihilés par l'octroi du droit au maintien dans les lieux. On peut chercher dans cette interprétation du texte une preuve que le droit légal au maintien s'inspire davantage qu'il ne paraît au premier abord du titre contractuel qui est à l'origine de l'occupation. Plus simplement, on peut estimer que les positions de la jurisprudence s'inscrivent dans la ligne tendant à restreindre le domaine d'application des dispositions exorbitantes du droit commun en matière de bail ⁴⁵.

Il reste qu'il est toujours délicat de rendre autonome un ancien accessoire par affectation. C'est peut-être une des raisons du peu de succès qu'a eu en droit français « l'hypothèque sur soi-même ».

b) L'hypothèque sur soi-même.

52. — Le système des cédulas hypothécaires n'a été consacré en France que de façon éphémère par la loi du 9 messidor an III ⁴⁶, mais suscite actuellement un regain d'intérêt, puisqu'il figure parmi les mesures à l'étude afin de réaliser la « mise en place d'un marché hypothécaire ⁴⁷ ». Il réalise une très nette démonstration *a contrario* de la maxime *accessorium sequitur principale*, car pour échapper à ses conséquences, c'est à la nature accessoire de l'hypothèque elle-même qu'il a fallu s'attaquer.

L'objectif recherché est une « mobilisation du crédit du sol ⁴⁸ ». A cette fin, le propriétaire d'un immeuble constitue, dès avant la naissance d'une dette à garantir, une hypothèque qu'il lui suffira de transférer, en cas de besoin, à un créancier.

On remarquera que cette idée pourrait être réalisée par un mécanisme qui laisse subsister le caractère accessoire de l'hypothèque : la sûreté serait constituée au service d'une créance éventuelle, comme pour la garantie hypothécaire d'une ouverture de crédit, avec cette différence, toutefois, que cette créance éventuelle ne serait pas individualisée par sa cause lors de la création du titre. La cédula ne pourrait donc faire naître qu'une « possibilité d'hypothèque ⁴⁹ » et la sûreté n'apparaîtrait réellement que lorsqu'elle serait appliquée à une créance déterminée.

La situation serait analogue à celle qui est créée lors de la délivrance, par un magasin général, d'un warrant au déposant, antérieurement à la naissance de la créance à garantir : le titre « est une simple possibilité de créer la sûreté plutôt qu'une sûreté

45. Cf. Fau et Debeaurain, « Vers la liberté des loyers d'habitation », *D.*, 1962, chron., p. 41.

46. Art. 36 à 84 formant le chapitre II : « De l'hypothèque sur soi-même. »

47. *Le Monde*, 10 mai 1966. — « Les projets de réforme hypothécaire », *Actualité Juridique Propriété immobilière*, 1966, I, 399.

48. Tourolle, *La cédula hypothécaire*, thèse, Paris, 1913, p. 6.

49. Beudant-Voirin, XIV, n° 964.

réalisée⁵⁰ ». Dans un tel système, la cédule hypothécaire procurerait seulement une plus grande rapidité en permettant d'effectuer d'avance les formalités de constitution de l'hypothèque. Mais la sûreté conserverait sa nature accessoire. N'étant véritablement réalisée que par son affectation au service d'une créance, elle en suivrait le sort et disparaîtrait avec elle.

La loi révolutionnaire n'a pas retenu ce système puisqu'elle conférait l'hypothèque à la date de la réquisition de la cédule (article 79) alors que l'analyse précédente conduisait à lui donner rang au jour du premier endossement. Une explication cherchant à maintenir le caractère accessoire de l'hypothèque a été proposée. La créance du tiers auquel la cédule est endossée rétroagirait jusqu'au jour de la délivrance de celle-ci au propriétaire⁵¹. L'hypothèque serait donc toujours anéantie si la créance venait à s'effondrer. Mais le jeu de la rétroactivité est une fiction mal commode. En particulier, la cédule pouvant avoir été délivrée avant même la naissance de la créance, celle-ci ne peut fournir un support à la sûreté qu'au prix d'une construction trop artificielle⁵².

Il semble, au contraire, que, comme en droit allemand, c'est la qualité d'accessoire que le régime des cédules retire à l'hypothèque, comme l'implique l'expression d'« hypothèque sur soi-même ».

Si la créance, renforcée par une hypothèque ordinaire, est mise en sommeil par la confusion, la sûreté, suivant le sort du principal, est elle-même paralysée. Mais que l'impossibilité d'exécution disparaisse, que la créance reprenne vie, la garantie hypothécaire réapparaîtra⁵³. L'hypothèque sur soi-même apparaît d'abord

50. *Ibid.*

51. J. Challamel, *Etude sur les cédules hypothécaires*, thèse, Paris, 1878, p. 50.

52. Il ne faudrait pas confondre ce système avec celui de la « prénotation », c'est-à-dire de la « publication ou inscription anticipée, portée au livre foncier ou au fichier immobilier, à titre préventif et provisoire, en attendant que l'inscription ou la publicité définitive puisse être faite » (P. Roché, « La prénotation, ou inscription provisoire, est-elle compatible avec le système français de publicité foncière ? », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1965, p. 22). En matière hypothécaire, l'article 54 du Code de procédure civile accorde une prénotation aux créanciers chirographaires, en vue de la reconnaissance éventuelle d'une hypothèque judiciaire. Sans doute, l'inscription définitive prise après que la décision rendue au fond aura acquis l'autorité de la chose jugée rétroagit-elle au jour de l'inscription provisoire à laquelle elle se substitue. Mais la créance garantie existait dès l'origine. L'inscription provisoire n'est d'ailleurs possible que si le demandeur peut invoquer « une créance paraissant fondée dans son principe » (art. 48 C. Proc. Civ.). Quel que soit le libéralisme qui préside à la mise en œuvre de ce mécanisme (cf. M. Donnier, « Réflexions sur l'hypothèque judiciaire conservatoire », *D.*, 1961, chron., p. 79 s.), il ne va pas jusqu'à entraîner une rétroactivité de la créance garantie elle-même.

53. Beudant-Voirin, XIV, n° 965 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. II, p. 250.

comme un développement de cette idée : le propriétaire de l'immeuble, se portant fictivement son propre créancier, prend hypothèque sur lui-même et c'est cette hypothèque, constatée par la cédula, qu'il transmet par endossement⁵⁴. Mais il existe une différence fondamentale avec la situation précédente ; cette créance sur soi-même n'existe pas. Elle n'a, bien évidemment, ni cause, ni montant, ni modalités. *La sûreté repose sur un support abstrait*, cette créance fictive qui se trouve intégrée à l'hypothèque. Le titre constate le consentement du propriétaire à subir sur son immeuble le paiement d'une certaine somme⁵⁵. Dès lors, quel que soit le sort de la créance véritable qu'elle devait renforcer grâce au transfert de la cédula, l'hypothèque survivra, puisque la cédula hypothécaire comporte en elle-même obligation de payer ; puisqu'elle est une créance abstraite garantie hypothécairement⁵⁶. L'hypothèque se suffit à elle-même, elle n'a plus besoin de support, elle a perdu la qualité d'accessoire. Pour employer une image sans doute excessive, on pourrait dire que tout se passe comme si l'immeuble, en quelque sorte personnalisé, était devenu codébiteur solidaire aux côtés du propriétaire !... A la limite, on aboutit à la dette foncière allemande (Grundschuld) dans laquelle l'immeuble est seul débiteur !

On voit combien cette conception est étrangère à l'esprit du droit français et il n'est pas étonnant qu'elle se soit heurtée à une vive opposition. Malgré les efforts d'ardents défenseurs⁵⁷, le système, qui présente d'ailleurs de graves inconvénients pratiques⁵⁸,

54. M. J. Cherest (*De la mobilisation du crédit hypothécaire*, thèse, Paris, 1912, p. 38) cite cette comparaison du *Manuel de droit civil suisse* de Rossel et Mentha : « De même que la layette est là avant le bébé, de même l'hypothèque peut-elle être inscrite avant la naissance de la créance et, de même que l'enfant, une fois au monde, trouve des langes qui l'attendent, de même la créance en prévision de laquelle l'hypothèque avait été inscrite s'insinue-t-elle tout naturellement dans cette garantie préparée d'avance pour la recevoir. »

55. Gendreau, *La mobilisation du crédit foncier*, thèse, Poitiers, 1923, p. 19.

56. Ceci correspond bien à l'intention des rédacteurs de la loi de messidor qui voulaient permettre aux acquéreurs des biens nationaux d'en faire argent immédiatement, grâce aux cédules hypothécaires qui apparaissaient comme un nouvel aspect du papier-monnaie. Le rapprochement avec les assignats en plein effondrement devait d'ailleurs beaucoup nuire à l'institution. (Cf. Tourolle, thèse, p. 74 à 77.)

57. Challamel, thèse précitée ; Pouget, *Des cédules hypothécaires*, thèse, Paris, 1902 ; Tourolle, thèse précitée.

58. On lui reproche notamment le dilemme entre l'insécurité des tiers et la responsabilité trop lourde du conservateur des hypothèques ; la difficulté technique de concilier le système avec l'institution de la purge ; la mauvaise exploitation des immeubles dont le crédit est épuisé ; le risque de conduire à des emprunts inconsidérés... Cf. Planiol, Ripert, Becqué, XIII, n° 1450 ; Beudant-Voirin, XIV, n° 966 ; Cazenavette, *Le régime foncier hypothécaire établi par les lois du 9 messidor an III et 11 brumaire an VII*, thèse, Toulouse, 1898, p. 92 ; Cherest, thèse précitée, p. 189 s.

n'a pas jusqu'ici réussi à s'imposer en droit positif. L'hypothèque reste donc encore un accessoire par nature. Et étant accessoire, elle disparaît, privée de support, lorsqu'est anéantie la créance au service de laquelle elle était affectée.

Cela ne signifie pas que l'on puisse se dispenser, en présence d'un tel accessoire « par nature » d'examiner le rapport d'accessoire à principal avant de faire jouer la maxime *accessorium sequitur principale*.

Un accessoire peut en effet parfois changer de support juste à temps pour échapper à l'anéantissement auquel il était promis par la disparition du principal.

B. — L'accessoire change de support

53. — a) *Les sûretés* fournissent précisément des exemples fort pratiques de la survie de l'accessoire grâce à un changement de support opéré en temps utile.

Le lien entre la sûreté et la créance garantie n'est pas si intime qu'il ne puisse être rompu pour être immédiatement remplacé par un autre rapport d'affectation. Cette opération est visée par l'article 1278 du Code civil, qui, en cas de novation, permet aux parties, par convention expresse, de faire « passer » à la créance nouvelle les sûretés qui garantissaient l'ancienne. L'expression choisie est heureuse, car l'image qu'elle évoque exclut tout hiatus et implique que l'affectation nouvelle soit immédiatement substituée à la première.

La situation est assez voisine du changement de support dans le cas prévu à l'article 2012 du Code civil. Ce texte valide le cautionnement de l'obligation d'un mineur. Pourtant, cette obligation étant nulle, la sûreté devrait s'évanouir, privée de support. Mais l'explication de cette anomalie est classique : en réalité, la caution se porte fort, que l'incapable confirmera son engagement et l'exécutera. Elle garantit à la fois l'exécution de l'obligation principale par la promesse de porte fort, et la solvabilité du débiteur par le cautionnement. Et c'est pourquoi, malgré les doutes de certains auteurs, il est généralement admis, conformément à la tradition historique, que l'application de l'article 2012 suppose que la caution n'ignorait pas l'incapacité du débiteur. Sinon, ayant entendu garantir la dette annulable, elle aurait commis une erreur. Sans promesse de porte fort, il ne resterait qu'un cautionnement qui ne peut survivre à la nullité de l'obligation principale⁵⁹.

Au regard de l'application de la maxime *accessorium sequitur principale*, de telles hypothèses se distinguent des conventions de cession ou de subrogation portant sur les hypothèques. Ces opérations, de pratique courante et dont le législateur a reconnu la

59. Sur tous ces points, cf. H.-L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, III, n° 17.

validité, paraissent pourtant bien réaliser un changement d'affectation. L'hypothèque a pour but de renforcer une créance déterminée dans son montant et ses modalités. Mais peu importe la personnalité du créancier. Dès lors, celui-ci peut céder ses droits à des tiers. Est-ce à dire que l'hypothèque garantissant ainsi une nouvelle créance a changé de support ? Le créancier ne peut disposer de plus de pouvoirs qu'il n'en a reçu. Il ne peut, de sa propre autorité, rompre totalement le premier rapport d'accessoire à principal pour le remplacer par un autre. Il faudrait l'accord du constituant de la sûreté pour donner à celle-ci un nouveau support. A défaut, l'extinction de la créance initialement garantie entraînera la disparition de l'hypothèque⁶⁰. La subrogation consentie par le créancier est parfois présentée comme « l'affectation à la sûreté de la créance du subrogé, de l'émolument à provenir de l'exercice de l'hypothèque du subrogeant⁶¹ ». Le rapport d'accessoire à principal primitif subsiste et l'hypothèque suit dans sa chute le sort de la créance initiale qui continuait à la soutenir.

Il importe donc de vérifier si l'accessoire a réellement changé de support. Cet examen est parfois délicat. On en trouve un nouvel exemple caractéristique à propos de la servitude en cas d'enclave.

b) L'enclave.

54. — De la définition donnée par l'article 637, « une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire », il résulte sans discussion possible que les servitudes ne se conçoivent qu'affectées au service du fonds dominant⁶². D'où leur caractère de droits accessoires de ce fonds. Dès lors la conséquence paraît évidente : le service du fonds dominant fait partie de la définition de la servitude. Le terme même de « servitude », dans lequel il y a « service », l'implique. Le Code parle d'ailleurs de « services fonciers ». Que cette affectation vienne à manquer d'objet, la servitude doit disparaître. Le fonds dominant est le support de l'accessoire.

Certes, il paraît a priori difficile d'imaginer l'anéantissement du principal en cette matière : la charge ne peut, par hypothèse, qu'être établie au profit d'un immeuble. Or, une des caractéristiques essentielles de l'immeuble est sa perpétuité⁶³.

60. Req. 25 janvier 1853, S., 1853, 1, 423. — Pour les procédés utilisés afin de parer le risque très grave que court ainsi le cessionnaire, v. H.L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, III, n° 614.

61. E. Becqué, *L'inefficacité des conventions sur l'hypothèque légale en cas d'indisponibilité des créances de la femme contre son mari*. — Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, p. 64. — Voir aussi *infra*, nos 107 s.

62. Sur l'idée d'affectation dans les servitudes, cf. M. Kornprobst, *Etude sur la notion de servitude en droit privé français contemporain*, Thèse Strasbourg, 1936, p. 188 s.

63. *Supra*, nos 28 s.

On peut en effet considérer l'immeuble comme une fraction idéale de l'espace et par conséquent indestructible. Mais on s'aperçoit immédiatement que lorsqu'on envisage le fonds dominant dans ses rapports avec la servitude, les choses se situent sur un plan différent. L'immeuble au service duquel le droit accessoire est établi n'est pas pris comme une surface abstraite. C'est l'immeuble concret, tel qu'il est utilisé en ce moment même. C'est le terrain sur lequel l'eau coule, la terre glisse, que les hommes cultivent ou sur lequel ils édifient leur habitation. La servitude est affectée au profit de *l'exploitation du fonds*. Or si l'immeuble est bien « la chose qui ne meurt pas », il n'en est pas de même de son utilisation dont les formes actuelles n'ont rien d'immuable. Si le « fonds dominant » doit s'entendre de l'immeuble soumis à un certain type d'exploitation, ne peut-on parler de sa disparition lorsque cet usage du fonds est abandonné par son propriétaire ? De quelle utilité peut être une servitude destinée à permettre l'irrigation d'un champ si l'on construit une usine sur ce terrain ?

La jurisprudence, à cet égard, n'est pas d'une très grande clarté. Il a été décidé que « la prohibition portée en l'article 675 du Code civil d'ouvrir des jours dans un mur mitoyen constitue une servitude au profit d'un héritage sur un héritage contigu, ce qui exclut l'application de cet article au cas où l'un des héritages n'existe plus par suite de son incorporation au domaine public ⁶⁴ ». Sans doute, la qualification de servitude en cette matière pourrait-elle être discutée. Il reste que les arrêts, considérant qu'il y a servitude, ont consacré la règle *accessorium sequitur principale* en subordonnant l'existence de l'accessoire au maintien du principal.

Mais, toute modification de la situation concrète de l'immeuble n'entraîne pas nécessairement disparition de la servitude. Encore faut-il mesurer ce qui, lors de la constitution de l'accessoire, lui a été assigné comme but. Si la servitude a été établie pour tous les besoins du fonds dominant sans limitation à un usage précis, une transformation dans le mode d'exploitation de ce fonds ne peut être considérée comme une disparition du principal ⁶⁵.

Tout ceci semble bien conforme à la règle logique exprimée par la maxime *accessorium sequitur principale*. Mais on peut se demander si ces principes ne sont pas méconnus par la jurisprudence traditionnelle en matière de servitude de passage en cas d'enclave.

55. — L'enclave ressemble à un îlot ⁶⁶, enfermé par les propriétés voisines qui lui interdisent toute communication praticable avec la voie publique. Le but de la servitude de passage est

64. Req. 20 février 1900, *S.*, 1901, 1, 41 ; Bordeaux, 14 octobre 1912, *G.P.*, 1912, 2, 464.

65. Civ., 30 avril 1929, *G.P.*, 1929, 2, 92 ; *S.*, 1929, 1, 296.

66. Denis Landreau, « L'enclave », *J.C.P.*, 1963, I, 1784.

alors très précis : il s'agit de permettre l'accès à ce fonds pour le rendre utilisable.

Or la situation d'enclave peut très bien disparaître, par exemple par l'ouverture d'une nouvelle route, par l'attribution de nouvelles parcelles au propriétaire de l'enclave ou par le progrès technique permettant aisément de franchir l'obstacle qui interdisait jusque-là l'accès à la voie publique. Ne doit-on pas considérer alors que le principal a disparu et que la servitude accessoire doit s'évanouir ?

Tout dépend du point de savoir si la servitude est affectée au service du fonds dominant pour en faciliter l'exploitation en général, ou si elle a seulement pour but de permettre d'accéder à un immeuble enclavé. Dans le premier cas, que le fonds dominant soit ou non enclavé ne saurait priver l'accessoire de support : la servitude peut toujours servir à accroître l'utilité d'un fonds qui, parce qu'il a acquis accès direct à la voie publique, n'en a pas disparu pour autant. C'est ce qui se passe lorsque le droit de passage a été conventionnellement établi au profit d'un fonds qui se trouvait enclavé au moment de la convention⁶⁷. La servitude tire sa justification de l'accord de volontés (le propriétaire du fonds servant a généralement obtenu une contrepartie) et son affectation n'est pas sans objet⁶⁸.

Au contraire, lorsqu'il s'agit du droit de passage prévu par les articles 682 à 685 du Code civil, la servitude ne s'explique que par la situation d'enclave du fonds dominant. On peut dire alors qu'elle n'est pas établie au profit de tel immeuble, mais de telle enclave. Que le fonds cesse d'être enclavé, la servitude n'a plus de but, elle doit disparaître⁶⁹.

67. Req., 14 novembre 1859, S., 1860, 1, 236 ; D., 1860, 1, 176. — Req., 1^{er} août 1861, D., 1862, 1, 162. — Req., 4 décembre 1934, G.P., 1934, 2, 1010.

68. Pour une servitude établie par destination du père de famille : 1^o Civ., 7 décembre 1966, D., 1967, 21, note J. Voulet. Cet arrêt a décidé qu'une servitude d'origine conventionnelle « ne saurait être éteinte du seul fait de son inutilité ». On peut regretter cette formule (J.D. Bredin, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1967, p. 194). L'affirmation de la Cour de cassation ruinerait le raisonnement sur lequel se fonde la règle de l'accessoire si l'on devait entendre le mot « inutilité » dans un sens absolu. En réalité, l'inutilité dont il est question ici s'apprécie au regard des modes *actuels* d'exploitation des fonds dominant et servant. Rien ne dit qu'un jour, plus ou moins lointain, la servitude ne trouvera pas son intérêt. Tel peut être le calcul des parties. Il n'en va pas de même pour les servitudes légales (cf. J. Voulet, note précitée). Lorsqu'il crée des servitudes, le législateur prend en considération l'utilité actuelle des immeubles.

69. C'est un des objectifs poursuivis par les opérations de remembrement. L'art. 32 du Code rural vise l'extinction des servitudes par application de l'art. 703 du Code civil et il ne fait pas de doute que le regroupement des parcelles réalisé par le remembrement tend à supprimer les enclaves et, par là, à rendre les choses « en tel état qu'on ne peut plus user » des servitudes.

Mais un important tempérament est apporté à ces principes par une jurisprudence constante⁷⁰. « Lorsque le propriétaire d'un fonds enclavé a pendant trente années exercé ce droit de passage suivant un mode et une assiette déterminés, sa possession équivaut à un titre d'acquisition de la servitude de passage... la servitude ainsi acquise devient un accessoire du fonds au profit duquel elle se trouve constituée, et, en conséquence, persiste même après la cessation de l'enclave. » Cette solution paraît, à première vue, contredire la règle *accessorium sequitur principale*. Ce n'est pourtant pas sur ce terrain qu'elle pourrait être critiquée. En effet, les arrêts ne prétendent nullement que l'accessoire peut survivre à la disparition du principal. Ils constatent une modification dans la portée de l'affectation par suite de l'écoulement du délai de prescription. De l'accès au fonds enclavé on est passé au service de l'exploitation du fonds en général. Partant, le support de la servitude a changé : l'immeuble a pris le relais de l'enclave. Mais ceci revient à dire qu'en réalité deux rapports d'accessoire à principal distincts se succèdent : à la servitude fondée sur l'état d'enclave et qui ne peut survivre à la disparition du principal auquel elle est affectée, vient se substituer une servitude fondée sur la prescription, au service de l'exploitation du fonds, enclavé ou non. La situation est alors identique à celle, rencontrée plus haut, du droit de passage accordé conventionnellement.

On ne peut donc dire que cette jurisprudence heurte la règle logique qu'exprime la maxime *accessorium sequitur principale*. La servitude n'étant pas privée de support, n'a pas à disparaître. Mais ceci laisse entier le problème de savoir si la transformation de l'affectation est légitime. Cette solution est critiquée en ce qu'elle permet l'acquisition de la servitude de passage par prescription alors que l'article 685 ne vise que l'assiette et le mode d'exercice de la servitude⁷¹. Ce texte, en effet, édicte une prescription extinctive et non acquisitive en mettant fin au droit qu'avait le propriétaire grevé de soutenir que le passage devait s'exercer ailleurs⁷². Mais on ne peut plus guère tirer argument, à l'encontre de la solution jurisprudentielle, de l'article 691, qui exclut l'acquisition par prescription des servitudes discontinues. En admettant que la

70. Civ., 26 août 1874, *D.P.*, 1875, 1, 124. — Civ., 24 novembre 1880, *S.*, 1881, 1, 222 ; *D.P.*, 1881, 1, 71. — Req. 30 juin 1903, *D.P.*, 1904, 1, 231. — Req., 27 décembre 1904, *D.P.*, 1905, 1, 174. — Req. 30 juin 1913, *D.P.*, 1914, 1, 231. — Caen, 19 novembre 1920, *Gaz. Trib.*, 13 juin 1921, *G.P.*, Tables, 1920-1925, V° Servitudes, n° 43. — Civ., 20 février 1922, *D.P.*, 1925, 1, 80. — Grenoble, 23 juin 1947, *D.*, 1947, somm. p. 34 ; *G.P.*, 1947, 2, 156 ; *S.*, 1947, 2, 117. — Montpellier, 5 février 1954, *D.*, 1954, 299. — 1^{re} Civ., 6 juillet 1959, *Bull.*, 1959, I, n° 337, p. 281. — 1^{re} Civ., 13 mai 1959, *Bull.*, 1959, I, n° 239, p. 202.

71. Denis Landreau, *loc. cit.*, n° 16.

72. V. Lafage, « La servitude de passage pour cause d'enclave devant le tribunal d'instance », *G.P.*, 1960, 2 doct. p. 18.

servitude de passage peut s'exercer au moyen de câbles aériens⁷³ puis de canalisations diverses⁷⁴, la Cour de cassation a montré que « la discontinuité n'est pas de l'essence de la servitude de passage⁷⁵ ».

Le jeu de la prescription acquisitive de la servitude de passage n'apparaît en définitive que comme un des aspects du travail jurisprudentiel d'adaptation de la réglementation vieillie d'une « partie bien poussiéreuse du droit civil⁷⁶ ». La solution est peut-être discutable, mais elle ne méconnaît pas les exigences de la nature accessoire de la servitude.

On voit que la maxime *accessorium sequitur principale* se révèle en définitive d'une assez considérable souplesse, dans la mesure où le rapport d'accessoire à principale ne présente pas lui-même une grande rigidité. Le lien de dépendance n'est pas toujours immuable. Parfois il ne concerne aussi que certains aspects des éléments en présence. C'est là une autre direction dans laquelle peuvent se manifester les nuances à apporter à l'application de la règle de l'accessoire.

C. — Le caractère partiel du rapport d'accessoire à principal

56. — Il convient toujours de vérifier l'existence et la portée du rapport d'accessoire à principal. Non seulement parce que la position d'accessoire est souvent instable, mais aussi parce qu'il est des hypothèses où la relation de dépendance, permettant de reconnaître un accessoire et un principal, n'existe qu'à certains égards et que ce n'est qu'à propos de situations bien délimitées qu'il est possible d'exprimer les conséquences de la disparition du principal par la formule *accessorium sequitur principale*. Une rapide incursion dans le domaine du droit judiciaire permet d'en voir un exemple typique : le sort de la demande reconventionnelle par rapport à celui de la demande principale.

Par la demande reconventionnelle, « le défendeur ne se contente pas de résister à la prétention du demandeur, mais demande au tribunal de prononcer une condamnation contre ce dernier⁷⁷ ». Cumulant attaque et défense, elle est tout à la fois dotée d'une certaine autonomie et liée à la demande principale sur laquelle elle vient se greffer. En raison de cette ambiguïté, et malgré la fréquence des demandes reconventionnelles, en particulier en

73. Civ., 24 février 1930, S., 1930, 1, 297, note Mme Bégueignon-Lagarde ; D., 1932, 1, 9, note A. Besson.

74. Civ., 22 novembre 1937, D.P., 1938, 1, 62, note P. Voirin. — 1^{re} Civ., 14 octobre 1963, D., 1964, 513, note D. Tallon.

75. P. Voirin, note précitée.

76. D. Tallon, note précitée.

77. Cl. Giverdon, *Encycl. Dalloz, Procédure*, V^o Demande reconventionnelle, n^o 1.

matière de divorce, bien des problèmes subsistent à leur sujet. La notion même de demande reconventionnelle fait encore difficulté⁷⁸. Comment s'étonner alors si les auteurs ne s'accordent pas sur la réponse à cette simple question : Quel est le sort de la demande reconventionnelle si la demande principale est anéantie, par exemple par désistement du demandeur, ou est déclarée irrecevable ?

Schématiquement trois solutions sont proposées :

— La demande reconventionnelle est liée à la demande principale. « Si celle-ci est irrecevable, la demande reconventionnelle n'a plus de support⁷⁹. » Elle disparaît.

— La demande reconventionnelle est bien davantage une attaque qu'une défense. « Donc pour toute reconvention, on doit accepter la notion d'une vie propre distincte de l'action principale dès sa formation, ce qui entraîne la possibilité d'être conservée après disparition de cette action principale⁸⁰. »

— Enfin, il a été proposé de distinguer selon les matières : si, de droit commun, la demande reconventionnelle n'existe que parce qu'une demande principale a été intentée et disparaît avec celle-ci, la demande reconventionnelle en divorce ne tend nullement à maintenir le mariage. Elle « n'implique pas une contradiction à la demande principale, mais elle tend, comme celle-ci, à la rupture de l'union conjugale⁸¹ » qu'elle poursuit par ses propres voies. C'est une demande parallèle mais complètement distincte, qui peut subsister, si la demande principale disparaît.

Ce système intermédiaire est certes séduisant : il tire un critère simple d'une analyse poussée de la nature de la demande reconventionnelle. Cette théorie a inspiré un arrêt de la Cour de Colmar⁸² : une femme avait introduit une instance en divorce et le mari avait répliqué par une demande reconventionnelle. Bien que la femme ait antérieurement retiré sa propre demande, la Cour accueillit la demande reconventionnelle du mari, invoquant le particularisme de la reconvention en matière de divorce.

Mais l'opposition entre l'autonomie de la demande reconventionnelle en divorce et la dépendance de la demande reconventionnelle de droit commun n'est pas aussi nette. « Qu'on la serre de plus près et, comme il arrive souvent, les couleurs se brouillent, les

78. V. par ex. 2^e Civ., 5 avril 1954, *D.*, 1955, 125, note Cl. Giverdon. — T. Civ., Lille, 8 juin 1954, *D.*, 1955, 676, note Hébraud.

79. Cuhe et Vincent. Précis de procédure civile, *Dalloz*, 13^e éd., n° 551, *Glasson*, *Tissier et Morel*, t. I, n° 243.

80. Jean Daspre, *De la demande reconventionnelle en matière de séparation de corps et de divorce*, thèse, Grenoble, 1954, p. 207. — En faveur de cette solution, v. aussi : Ladislav Siedlecki, « Les demandes reconventionnelles, étude critique et comparative », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1937, p. 772 s.

81. Planiol, Ripert, Rouast, II, n° 586, p. 462. — Dans le même sens, Cl. Giverdon, *Encycl. Dalloz Procédure*, V^o Demande reconventionnelle n° 6 ; P. Voirin, note sous Paris 21 juillet 1941, *J.C.P.*, 1942, II, 1767.

82. 13 août 1951, *D.*, 1952, 604, note J. Carbonnier.

contours s'estompent, tout devient moins sûr⁸³ ». En effet, il existe des demandes reconventionnelles de droit commun qui ne se bornent pas à constituer une défense à l'action principale et jouissent de ce fait d'une indépendance qui leur permet de subsister « en tant que demande principale⁸⁴ ». A l'inverse, en matière de divorce, « sous l'écorce d'une demande distincte, nous discernons l'esprit, pour ainsi dire, d'une défense à l'action principale⁸⁵ ». C'est bien l'aspect défense qui domine, en effet, lorsque la demande reconventionnelle vise à discuter la responsabilité de la mésestante conjugale et à en mettre les conséquences pécuniaires à la charge de l'autre époux. Les deux aspects de défense et de demande paraissent liés⁸⁶, avec des nuances qui ne permettent pas d'isoler systématiquement le divorce des autres matières⁸⁷.

57. — A vrai dire, il semble que le problème de la survie de la demande reconventionnelle soit souvent mal posé. On voudrait résoudre en bloc et d'un seul coup toutes les questions soulevées par la demande reconventionnelle, aussi bien sa recevabilité en cause d'appel que son influence sur la détermination du taux du ressort. Mais les difficultés se présentent une à une et il est sans doute préférable de les aborder successivement. C'est ainsi que si l'on isole la seule question de savoir si la demande reconventionnelle peut subsister après la disparition de la demande principale, on s'aperçoit qu'il n'est pas nécessaire de s'interroger sur la nature

83. J. Carbonnier, note précitée.

84. Req. 23 mai 1940, S., 1940, 1, 119.

85. J. Carbonnier, note précitée.

86. Civ., 24 novembre 1966, G.P., 1967, 1, 76.

87. On peut à cet égard estimer trop abrupte la proposition de la Cour de Grenoble qui, pour décider que la demande reconventionnelle en divorce entre dans les attributions du mandataire *ad litem* d'un aliéné interné, a affirmé, le 13 février 1963, « qu'en matière de divorce, la demande reconventionnelle, quelqu'en soit l'objet, constitue une défense à la demande principale ». (J.C.P., 1963, II, 13385, note F. Tarabeux ; D., 1964, 273, note J. Prévault.) Cette formule s'inspire d'un arrêt déjà ancien de la Cour de cassation (Civ., 6 août 1912, D.P., 1914, 1, 228 ; S., 1913, 1, 83) généralement critiqué (Planiol, Ripert, Rouast, II, n° 586 ; J. Carbonnier, note sous Paris 21 juillet 1941, D.C., 1942, 82 ; J. Daspre, thèse précitée, p. 196 ; F. Tarabeux et J. Prévault, notes précitées). — La Chambre civile a, le 12 février 1965 (D., 1965, 258), sur cette même question, usé d'une expression beaucoup moins absolue. Elle a censuré un arrêt qui n'avait pas recherché « si dans l'espèce, les conclusions prises... ne devaient pas être considérées comme ayant le caractère prépondérant de défense à l'action principale ». La Cour de cassation n'attribue donc pas à la demande reconventionnelle le caractère de défense, à titre exclusif et de plein droit, « mais seulement comme pouvant exprimer la nature prise, en fait, par la demande reconventionnelle » (P. Hébraud, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1965, p. 399). Ceci laisse place à des nuances permettant de distinguer en particulier les deux « objets étagés du procès en divorce : rupture du mariage et aménagement de son régime, fait d'avantages et de pénalités » (P. Hébraud, *loc. cit.*, p. 400).

de la demande reconventionnelle au fond et qu'il suffit, pour trancher, de constater son caractère accessoire *quant à la forme*.

Les demandes reconventionnelles se forment, en effet, par un simple acte de conclusions motivées⁸⁸. Or il est certain qu'une demande absolument indépendante ne peut être introduite par cette voie. On s'aperçoit que la simplification des formes dont bénéficie la demande reconventionnelle n'est possible que parce qu'il existe déjà une demande principale. La demande reconventionnelle utilise largement le véhicule de la demande principale. Si bien que la forme unique de la demande principale est utilisée deux fois : par la demande principale elle-même d'abord, par la demande reconventionnelle ensuite. C'est bien là le trait caractéristique du support fourni par le principal à l'accessoire. La demande reconventionnelle est donc accessoire quant à la forme. Mais, pour le moment, cette constatation suffit. La demande principale venant à disparaître ne laisse subsister qu'une demande reconventionnelle insuffisante dans la forme. Privée du support de la demande principale, la demande reconventionnelle doit donc disparaître. Du moins tant que l'appui de la demande principale demeure nécessaire : lorsque le débat est lié au fond, la demande reconventionnelle n'a plus besoin du support d'une forme qui n'avait pour raison d'être que de lui permettre d'atteindre à cette liaison de l'instance.

Et c'est bien ce que, dans l'ensemble, décide la Cour de cassation : la demande reconventionnelle ne peut survivre à l'irrecevabilité ou au désistement de la demande principale⁸⁹. Mais la demande reconventionnelle, accessoire seulement quant à la forme, ne dépend plus du sort de la demande principale une fois le débat lié⁹⁰.

La situation est identique à celle créée par l'appel incident. Lui aussi bénéficie de dispenses de formes et de délais⁹¹ parce qu'il est greffé sur l'appel principal qui lui offre le soutien de sa propre forme. Lui aussi disparaît si l'appel principal ne peut le mener jusqu'au point où sa dépendance quant à la forme n'a plus d'importance. La jurisprudence de la Cour de cassation est nette à cet égard : « L'existence de l'appel incident est étroitement liée à celle de l'appel principal... le premier ne peut être reçu si le second n'est pas lui-même déclaré recevable... dès lors qu'elle déclarait l'appel

88. Cl. Giverdon, *Encycl. Dalloz Procédure*, V° Demande reconventionnelle, n° 34 et les références citées.

89. 1^{re} Civ., 5 avril 1960, *Bull.*, 1960, I, n° 203, p. 165. — V. aussi 2° Civ., 31 octobre 1962, *Bull.*, 1962, II, n° 681, p. 497.

90. Com., 27 novembre 1951, *D.*, 1952, 71 ; *J.C.P.*, 1952, IV, n° 1789 obs. G. Madray, 2° Civ., 11 mai 1960, *Bull.*, 1960, II, n° 297, p. 202 ; 1^{re} Civ., 30 mai 1962, *Bull.*, 1962, I, n° 280, p. 247 ; *D.*, 1962, 697, 2° Civ., 7 janvier 1965, *J.C.P.*, 1965, G. IV, p. 18 ; *Bull.*, 1965, II, n° 12, p. 8.

91. Civ. 29 juin 1949, *J.C.P.*, 1949, A. IV, n° 1261 ; *Bull.*, 1949, n° 261, p. 653, 2° Civ., 20 avril 1961, *Bull.*, 1961, II, n° 288, p. 208 ; *D.*, 1961, 513 ; 2° Civ., 13 mars 1963, *Bull.*, 1963, II, n° 242, p. 177 ; 1^{re} Civ., 16 octobre 1963, *J.C.P.*, 1963, G. IV, p. 157.

principal irrecevable, la Cour ne pouvait faire droit à l'appel incident des intéressés, celui-ci se trouvant, par cela même, dépourvu de tout support⁹²... ». Ceci, quoiqu'on en ait dit⁹³, n'a rien d'illogique au regard du principe incontesté qui veut que si l'appelant au principal succombe au fond, il faut tout de même statuer sur l'appel incident. Dans ce cas en effet, l'appel principal a soutenu l'appel incident tant qu'il était nécessaire, en lui procurant le support d'une forme qu'il n'avait pas, jusqu'à ce que, l'affaire étant examinée au fond, cet appui soit devenu inutile.

Le résultat est bien une dépendance limitée, qui conduit à écarter une application globale et brutale de la maxime *accessorium sequitur principale*.

58. — On pourrait en tirer des enseignements dans d'autres secteurs, tel celui de la prescription de l'action publique et de l'action civile :

Reprenant largement les termes du Code d'instruction criminelle, les articles 1 à 3 du Code de procédure pénale reconnaissent à la victime d'une infraction le droit de porter son action en réparation contre le délinquant devant la juridiction répressive. Mais cette action est accessoire à l'action publique intentée par le ministère public. Ce caractère accessoire se comprend aisément : le juge pénal ne connaît en principe que de l'action publique et s'il peut être saisi de l'action civile, ce n'est que parce que celle-ci est greffée sur l'action publique qui lui prête son support. L'action civile utilise le véhicule de l'action publique pour parvenir à l'audience répressive. Elle est un accessoire qui tire du principal les moyens de poursuivre un but propre⁹⁴. Et c'est parce qu'elle ne se conçoit qu'accessoire, qu'elle ne peut être intentée isolément devant la juridiction pénale, qu'est accordé à la victime le droit assez exorbitant de

92. Soc., 10 juin 1943, *D.C.*, 1944, 49 note Cézard-Bru ; *J.C.P.*, 1943, A IV, n° 197 obs. G. Madray.

Dans le même sens : Soc., 16 juin 1942, *D.C.*, 1944, 49, note Cézard-Bru ; Req. 25 novembre 1935, *S.*, 1936, 1, 129 note Mme Béquignon-Lagarde ; Paris 11 avril 1962, *J.C.P.*, 1963, II, 13158 concl. Lasbordes, note P. Bizière.

93. G. Madray, obs. précitées, *J.C.P.*, 1943, A IV, n° 197 ; De même, les regrets exprimés par Ch. Cézard-Bru, note précitée, *D.C.*, 1944, 49. Adde, sur la controverse : Ed. Fuzier-Herman, *Répert. gén. alphab. du Dr. français*, 1888, V° Appel, n° 3932 ; P. Janvier, *Encycl. Dalloz Procédure*, V° Appel incident, nos 16 s. et les références citées.

94. On peut d'ailleurs se demander si une transformation n'est pas en train de se produire : La victime agirait moins pour obtenir réparation que pour appuyer et surveiller l'exercice de l'action publique (cf. J. Granier, « Quelques réflexions sur l'action civile », *J.C.P.*, 1957, I, 1386 ; « La partie civile au procès pénal », *Rev. Sc. Crim.*, 1958, p. 1 s. ; — J. Larguier, « L'action publique menacée », *D.*, 1958 chron., p. 29 ; J. Vidal, « Observations sur la nature juridique de l'action civile », *Rev. Sc. Crim.*, 1963, p. 481 s.). L'action civile tendrait alors à devenir accessoire d'un autre chef, parce qu'affectée au service de l'action publique.

mettre en mouvement l'action publique et de susciter ainsi un principal, susceptible de soutenir son action. Il est alors clair que lorsque l'action publique est éteinte par la prescription, elle ne peut plus fournir le moindre support à l'action publique qui se trouve ainsi frappée de la même prescription.

Mais, si la durée du principal limite dans le temps l'existence de l'accessoire, encore faut-il établir le lien de dépendance. C'est pourquoi la maxime *accessorium sequitur principale* n'exige nullement de soumettre à la prescription de l'action publique l'action intentée devant les juridictions civiles pour obtenir réparation du dommage causé par une faute constituant aussi un délit pénal.

Cette solution s'explique par d'autres raisons⁹⁵ qui, d'ailleurs, ne paraissent pas l'emporter sur les inconvénients⁹⁶. Que, suivant, de très loin, les pays étrangers qui, tels l'Italie, l'Allemagne, l'U.R.S.S. et, depuis peu, la Belgique, ne connaissent pas ou abandonnent cette position, la jurisprudence française s'efforce d'en limiter le domaine par des exceptions toujours plus nombreuses⁹⁷, ne heurte en rien la maxime *accessorium sequitur principale*. L'action civile intentée devant les juridictions civiles n'est en effet pas un accessoire de l'action publique susceptible d'être intentée devant les tribunaux répressifs. Elle n'a nullement besoin de son support formel pour atteindre le juge civil qui est son juge naturel⁹⁸.

L'autorité du pénal sur le civil ne crée pas un rapport d'accessoire à principal. Ce n'est donc pas la maxime *accessorium sequitur principale* qui serait en mesure de défendre contre les attaques dont il est l'objet le principe de l'alignement de la prescription civile sur la prescription pénale lorsque l'action est portée devant les tribunaux civils.

Il est inutile d'accumuler de nouveaux exemples pour affermir encore, grâce au poids du nombre, un aspect de la maxime *accessorium sequitur principale* qui est assez justifié par la simple analyse du rapport d'accessoire à principal. Les seules difficultés que l'on peut rencontrer proviennent du caractère parfois délicat de cette analyse. Mais il ne saurait être question de faire une appli-

95. Cf. P. Bouzat, *Traité de droit pénal*, II, n° 1072 ; — A. Vitu, *Procédure pénale*, p. 175 s. ; — R. Merle et A. Vitu, *Traité de Droit criminel*, n° 741.

96. P. Bouzat, *op. et loc. cit.* ; — A. Tunc, obs. à la *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1963, p. 351, 362 et 1964 p. 329 ; A. Chavanne, « La solidarité entre la prescription de l'action publique et de l'action civile » — *Mélanges Patin*, 1966, p. 425 s. ; — R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, n° 741.

97. P. Bouzat, *op. cit.*, n°s 1075 s. ; — A. Vitu, *op. cit.*, p. 176 s. ; — Marty et Raynaud, *Droit Civil*, II, 1, n° 360. — *Addé* : 2° Civ., 21 juin 1962, *G.P.*, 1962, 2, 226 ; — 2° Civ., 14 juin 1963, *G.P.*, 1963, 2, 433.

98. D'autant que par le choix de la voie civile, la victime marque sa volonté d'obtenir une réparation du préjudice subi et non de poursuivre en s'associant au ministère public l'infliction d'une peine au coupable. L'action civile n'est donc accessoire ni par sa forme ni par son but.

cation automatique et rigide de la maxime. Il ne s'agit que d'une constatation de la réalité et il est indispensable de mesurer exactement le lien de dépendance de l'accessoire à l'égard de son support.

Le même examen attentif du rapport d'accessoire à principal est aussi la base qui permet de comprendre le rôle de l'adage *accessorium sequitur principale* en tant que règle d'interprétation. Mais il y a alors plus qu'une simple observation des caractères de l'accessoire : qui dit interprétation dit possibilité de choix entre plusieurs solutions. Le débat, cependant, ne peut être bien long et il suffit d'un peu de bon sens pour tirer de la relation unissant l'accessoire et le principal les conclusions qui s'imposent.

SECTION 2. — *La maxime Accessorium sequitur principale, règle d'interprétation : L'accessoire est l'objet des mêmes mesures juridiques que le principal*

59. — Comme la plupart des maximes d'interprétation de la loi ou de la volonté, la formule *accessorium sequitur principale* exprime une règle de bon sens. Faire ici référence au « bon sens » n'est pas renoncer à toute explication. C'est indiquer que notre adage satisfait à la logique et correspond à des solutions pratiques heureuses, d'une façon si sûre qu'elle est saisie par une intuition immédiate.

Il suffit de reprendre l'analyse du rapport d'accessoire à principal pour s'apercevoir qu'il est normal que l'accessoire suive le sort du principal. Le but ou la substance de l'accessoire est fourni par le principal. Cela signifie que le principal, en tout ou partie, contribue à la structure de l'accessoire. Dès lors, il est logique que les actes juridiques dont le principal est l'objet, que les dispositions légales qui atteignent le principal retentissent sur l'accessoire. Il y a en quelque sorte une zone commune au principal et à l'accessoire, qui fait en premier lieu partie du principal et constitue en outre une fraction de l'accessoire. Si bien que lorsqu'on vise le principal entier, nécessairement, on atteint, au moins partiellement, l'accessoire. Certes, à s'en tenir là, rien n'impose de décider que « le reste » de l'accessoire suivra et que la modification dont le principal a été l'objet ne se bornera pas à opérer un démantèlement de l'accessoire. Mais il faut compléter le raisonnement en faisant intervenir le point de vue pratique, le « bon sens ».

A cet égard, il est clair qu'il convient d'éviter de séparer l'accessoire du principal. Il faut en effet tenir compte de deux données. D'un côté, c'est un principe économique élémentaire que l'on ne détruit pas sans raisons ce que l'on a créé. Par hypothèse, l'accessoire a un rôle à jouer et on doit chercher à le maintenir en état de le faire. D'un autre côté, l'accessoire a le principal pour support

et l'on a vu des conséquences produites par la perte de ce support. A partir de là, le raisonnement peut s'exprimer en un syllogisme fort simple :

— L'accessoire a besoin du support du principal. Privé de ce support il perdrait son utilité ou serait voué à la disparition.

— Or l'accessoire est utile et il faut éviter sa destruction.

— Donc l'accessoire suivra le sort du principal.

Si l'argumentation est simple, on remarquera tout de même qu'il faut recourir à un raisonnement. C'est en ce sens que la maxime *accessorium sequitur principale* va plus loin que la simple constatation des faits. Tout ce qui résulte directement de l'analyse du rapport d'accessoire à principal est que l'accessoire ne peut être totalement indifférent aux mesures dont le principal est l'objet, ce qui pourrait signifier que tout acte visant le principal seul et entraînant une modification de sa condition juridique devrait déclencher un bouleversement de l'accessoire, allant le plus souvent jusqu'à son anéantissement. Pour qu'au lieu de cette disparition, l'accessoire suive le sort du principal, il faut d'abord poser que l'on souhaite éviter une telle disparition. Si l'on interdit de démembrer ou détruire l'accessoire, il n'y a pas d'autre solution que celle qu'exprime la maxime *accessorium sequitur principale*.

60. — Certes, il peut paraître évident que l'on doive s'efforcer de maintenir en état de jouer son rôle un accessoire dont l'utilité demeure. C'est la situation de très loin la plus fréquente. Ce n'est pas toujours le cas. C'est pourquoi il ne faut pas chercher à tirer trop d'effets de la règle de l'accessoire telle que nous l'entendons actuellement. Parce qu'en général cette solution est bonne, il est rationnel de décider que l'accessoire suivra le sort du principal. La plupart du temps, il n'est d'ailleurs nul besoin d'avoir recours à la maxime *accessorium sequitur principale*, car, lorsqu'il s'agit de créer une situation susceptible de conduire à son application, la loi ou les volontés individuelles envisagent expressément le complexe principal — accessoire et donnent directement satisfaction à la règle de l'accessoire sans qu'il soit besoin de l'invoquer. Inversement, il arrive que, pour des raisons d'opportunité ou de politique juridique, il soit décidé que l'accessoire, contrairement à la règle générale, ne doit pas être maintenu et qu'en conséquence il ne suivra pas le sort du principal. La maxime *accessorium sequitur principale* ne saurait prévaloir contre une telle option. Mais *lorsque rien n'a été dit au sujet de l'accessoire* il faut interpréter la portée des actes juridiques ou des dispositions légales qui visent le principal. Alors, la règle de l'accessoire offre le raisonnement tout fait qui aboutit à la solution que réclame « le bon sens ».

Cependant un certain nombre de problèmes apparaissent lorsque la maxime *accessorium sequitur principale* intervient. Aussi bien, pour la mieux saisir, faut-il la voir fonctionner.

On conçoit que les interventions de la règle de l'accessoire en

tant que maxime d'interprétation soient plus fréquentes dans le domaine des actes juridiques que dans celui des règles où n'intervient pas le jeu des volontés individuelles. Souvent les parties ne s'expriment pas avec précision. De plus, la variété des combinaisons que permet l'autonomie de la volonté est infinie.

Les différences entre ces deux secteurs ne sont pas que d'ordre statistique. Lorsqu'un acte juridique touche le principal, le jeu de la maxime *accessorium sequitur principale* se situe dans une perspective dynamique. Il s'agit de mesurer les répercussions d'une modification opérée à l'état de choses antérieur. Si les discussions peuvent s'élever à propos de questions techniques, si l'on peut hésiter à invoquer la règle de l'accessoire dans telle ou telle hypothèse, l'enjeu du débat est toujours connu : il n'est question que de l'application éventuelle d'une règle isolée. Lorsqu'on s'interroge sur la portée des textes qui définissent le régime du principal, la maxime *accessorium sequitur principale* ne bénéficie pas de l'impulsion d'une plus ou moins brutale variation de l'ordonnement juridique. Tout apparaît statique. On songe alors à une « coloration » de l'accessoire au contact du principal, qui communiquerait certains de ses caractères à son satellite. Le risque est alors de franchir les bornes d'un simple principe d'interprétation. Mais, maintenue dans les limites de la « règle de bon sens », la maxime *accessorium sequitur principale* a un rôle assez modeste.

On distinguera donc suivant que la règle de l'accessoire donne une directive d'interprétation de la portée des actes juridiques ou de celle des dispositions légales.

*Sous-Section 1. — La maxime *accessorium sequitur principale*, règle d'interprétation de la portée des actes juridiques visant le principal.*

61. — Traitant des effets d'un certain nombre d'actes juridiques, plusieurs textes du Code civil font application de la maxime *accessorium sequitur principale*.

L'article 1018 précise que « la chose léguée sera délivrée avec les accessoires nécessaires ». L'article 1615 traduit le même principe en matière de vente : « L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel ». Et l'on retrouve cette règle exprimée *mutatis mutandis* à propos de la cession de créance, à l'article 1692 : « La vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance tels que caution, privilège et hypothèque ». On peut encore rapprocher de ces textes l'article 2133, aux termes duquel « l'hypothèque acquise s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué »...

Ces dispositions sont inspirées par l'identique souci d'éviter une séparation inutile et même nuisible de l'accessoire et du principal : que signifierait le legs ou la vente d'un moulin si le légataire

ou l'acheteur n'avait aucun droit sur le canal d'amenée d'eau qui alimente ce moulin et pourquoi les héritiers ou le vendeur se plaindraient-ils de la transmission du canal, inutilisable sans le moulin ? Le cédant d'une créance ne pourrait conserver une hypothèque dépourvue de support, alors que le cessionnaire a tout intérêt à voir maintenue la garantie de la créance qu'il acquiert. Si, dans l'im-médiat, la constitution d'une hypothèque sur le principal seul ne le sépare pas de ses accessoires, cette séparation pour être repoussée lors de la mise en œuvre de la sûreté n'en est pas moins menaçante...

Si le Code fait application de la « règle de bon sens » *accessorium sequitur principale*, les hypothèses visées paraissent un peu distribuées au hasard et nul ne doute qu'elles ne constituent que des illustrations d'un principe plus général. Comme il ne peut être question d'examiner une infinité d'actes juridiques, on peut s'en tenir à ces situations, d'ailleurs éminemment pratiques, pour y voir jouer la règle de l'accessoire.

Car si le principe est simple, sa mise en œuvre est parfois délicate.

Les difficultés apparaissent dès qu'il s'agit de préciser le rapport d'accessoire à principal qui est pris en considération. On rencontre ici évidemment les difficultés que suscite la notion d'accessoire elle-même, dont les contours ne peuvent être d'une rigidité absolue. Mais le problème dépasse la simple question de fait. Il faut savoir si, au moment d'en tirer des conséquences positives, la conception même du rapport d'accessoire à principal ne doit pas être resserrée dans des limites plus étroites que l'analyse de l'expression employée ne le laisserait supposer. De là dépend la portée pratique de la règle.

Et l'on s'aperçoit que ce débat est lié à un autre ordre de difficultés que le simple énoncé du principe ne suffit pas à résoudre : par quel mécanisme technique la maxime *accessorium sequitur principale* est-elle mise en œuvre ? La discussion se déplace alors des conditions d'application de l'adage à la règle elle-même. Le raisonnement s'insère dans un cadre juridique et ne peut aboutir à des solutions pratiques qu'en animant certains procédés qui portent en eux-mêmes leurs limites.

Il faut donc examiner quels sont les accessoires soumis à la « règle du bon sens » *accessorium sequitur principale* et par quelle voie technique ils peuvent suivre le sort du principal.

§ 1. — Les accessoires visés.

62. — C'est généralement à propos de la vente ou du legs que l'on aborde le problème de la détermination des accessoires soumis à la maxime *accessorium sequitur principale*. La discussion la plus célèbre à ce sujet est, sans doute, celle que Domat a consacrée à la recherche des accessoires compris dans le legs de la chose prin-

principale⁹⁹. Les articles 1018 et 1615 n'apportant guère d'éclaircissements, les commentateurs du Code civil se sont livrés à une casuistique plus pittoresque qu'efficace¹⁰⁰ dans laquelle nous ne nous engagerons pas. Après les développements que nous avons consacrés à la notion d'accessoire, nous pouvons nous dispenser de reprendre, à cette place, la question dans son ensemble. Au reste, la solution de bon sens qu'exprime ici la règle de l'accessoire s'explique par le dilemme où se trouve placé l'accessoire entre suivre le sort du principal ou disparaître¹⁰¹. Or, nous venons de discuter de l'analyse du rapport d'accessoire à principal en examinant la chute de l'accessoire provoquée par la perte de son support et les choses ne peuvent être très différentes lorsque s'offre une alternative permettant d'éviter l'anéantissement de l'accessoire.

Nous ne pouvons cependant nous borner maintenant à un simple renvoi à nos développements antérieurs. D'abord parce que dès que l'on tire une conséquence nouvelle du rapport d'accessoire à principal, il faut vérifier si cette solution n'exige pas que ce rapport présente des caractères particuliers. Mais surtout parce que c'est à propos de litiges relatifs à des applications de la maxime *accessorium sequitur principale* telles que celles que consacrent les articles 1018 ou 1615 qu'apparaissent, en pratique, la plupart des questions relatives à la détermination des accessoires. Même si la portée de ces discussions dépasse ce seul aspect de la règle de l'accessoire, il est préférable de les envisager dans leur contexte.

Si les litiges sont si fréquents, c'est que les directives qui se dégagent des textes sont assez peu précises et que l'appréciation des caractères de l'accessoires susceptibles de donner ouverture à la règle d'interprétation *accessorium sequitur principale* est rendue difficile par l'infinie variété des cas d'espèce.

Il est toutefois une question qui se place d'emblée sur un plan théorique : les deux termes du rapport d'accessoire à principal doivent-ils être homogènes ? Peut-on dire, par exemple, d'un droit de créance qu'il est accessoire d'une chose, pour faire jouer l'article 1615 et en assurer la transmission à l'acquéreur de la chose ? L'expression même de « règle de bon sens », incite à ne voir dans la maxime *accessorium sequitur principale* que le règlement assez grossier d'humbles questions de détail et à battre en retraite dès que se profilent quelques difficultés proprement juridiques. Mais, d'un autre côté, n'est-ce pas adopter une conception exagérément fruste du rapport d'accessoire à principal que de le limiter aux situations les plus élémentaires ?

Ce débat offre l'occasion d'un approfondissement de l'analyse

99. Lois civiles part. 2, liv. 4, tit. 2, sect. 4.

100. Cf. notamment Demolombe XXI, n° 701 s.

101. Nous parlons de « disparition » *brevitatis causa*... En réalité, cette expression doit être nuancée. La perte du support de l'accessoire peut le rendre seulement inutile (cf. *supra*, n° 43).

de la relation d'accessoire à principal et sa portée est générale. Si nous l'examinons maintenant, c'est pour le placer dans son cadre concret. Car, en pratique, cette question se présente comme une difficulté un peu plus délicate peut-être mais du même ordre que l'appréciation des caractères de l'accessoire à laquelle les juges doivent se livrer dans chaque espèce pour faire intervenir la règle *accessorium sequitur principale*.

A. — L'appréciation des caractéristiques de l'accessoire

Bien des discussions soulevées par l'application de textes tels que les articles 1018 ou 1615 tiennent à ce que la notion d'accessoire est, en général, mal dégagée et se trouve plutôt ressentie intuitivement que réellement analysée. Nous n'aurons guère à revenir sur cet aspect de la question. Mais il nous faut souligner certaines difficultés mises en relief par la signification que revêt ici la maxime *accessorium sequitur principale* : dans l'exemple de la vente ou du legs, il s'agit pratiquement de savoir sur quels accessoires l'acquéreur ou le légataire du principal est en droit de compter, bien que l'acte soit muet à cet égard. Par quels signes extérieurs le rapport d'accessoire à principal doit-il se manifester pour que l'acquéreur ou le légataire du principal puisse légitimement croire que les accessoires lui sont transmis ? Quels sont les accessoires normalement liés au principal considéré ? Les tribunaux répondent à de telles questions avec plus ou moins de bonheur.

a) Le caractère objectif du rapport d'accessoire à principal.

63. — A première vue, les textes du Code se séparent, au moins par des nuances, à propos de la notion d'accessoire qu'ils retiennent.

L'article 1692 parle simplement des « accessoires » de la créance et en donne pour exemple des sûretés.

Le terme « amélioration » employé à l'article 2133 n'est pas très précis et on peut se demander s'il ne s'agit pas seulement de plus-values impossibles à isoler autrement que par une opération comptable. La jurisprudence adopte une conception beaucoup plus large, considérant comme « amélioration » de l'immeuble hypothéqué, tout ce qui s'y ajoute et notamment les accessoires qui ont cet immeuble pour support matériel ou qui sont affectés à son profit¹⁰².

L'article 1018, visant les « accessoires nécessaires » de la chose léguée paraît plus restrictif que l'article 1615 qui fait simplement allusion aux « accessoires » de la chose vendue.

102. Aix, 2 août 1886, *D.P.*, 1887, I, 293, *S.*, 1886, I, 417 ; Req., 30 mars 1892, *D.P.*, 1892, I, 389 ; Req., 2 juillet 1901, *D.P.*, 1909, I, 342 ; Toulouse, 15 mars 1911, *D.P.*, 1911, 2, 309 ; Besançon, 5 mars 1931, *G.P.*, 1931, I, 815 ; *S.*, 1931, 2, 125 ; Paris, 19 mars 1935, *D.H.*, 1935, 321.

En réalité, c'est bien toujours de la même conception de l'accessoire qu'il s'agit, la seule condition exigée étant que le rapport d'accessoire à principal se manifeste *objectivement*.

La jurisprudence ne s'y est pas trompé. Lorsqu'on lit : « qu'il est admis d'une façon générale qu'un jardin dépend d'une maison au sens de l'article 1018¹⁰³ » on conviendra qu'il s'agit là d'une conception large de la nécessité, car il est parfaitement possible d'user d'une maison sans avoir la jouissance du jardin, surtout lorsque ce jardin est séparé de l'habitation par une rue ou un chemin¹⁰⁴. Dira-t-on que le caractère indispensable de l'accessoire s'apprécie par rapport à l'usage *habituel* du principal ? Le tempérament n'apporte rien si l'on s'en tient à une appréciation *in abstracto* : l'usage habituel d'une maison consiste à l'habiter. Il faut alors faire référence à l'habitude du testateur. Mais dans ce cas, le caractère nécessaire s'estompe singulièrement.

Il est, on l'a vu, plusieurs façons d'entendre l'expression « accessoire nécessaire¹⁰⁵ ». Les tribunaux considèrent que l'article 1018 vise des accessoires qui ont « nécessairement » cette qualité plutôt qu'ils ne prennent le terme « nécessaire » comme caractérisant le rôle que joue l'accessoire au regard du principal. A vrai dire, le mot nécessaire entendu en ce dernier sens n'apparaît qu'un critère important, mais non exclusif de l'objectivité du rapport d'accessoire à principal. Telle est la position de la Cour de cassation qui décide « que par accessoires nécessaires de la chose léguée, il faut entendre les objets sans lesquels cette chose ne pourrait servir à son usage habituel et ceux qui y sont attachés par une disposition de la loi ou par la volonté du testateur¹⁰⁶ ».

64. — L'exigence d'une manifestation objective du lien entre l'accessoire et le principal est rationnelle. La situation d'accessoire est, en effet, éminemment instable. L'accessoire peut trouver un autre support qui prenne le relais du premier ; il peut perdre sa qualité d'accessoire pour devenir complètement indépendant... Si le support fourni par le principal à l'accessoire est d'ordre matériel, il ne doit guère y avoir de difficultés, les deux éléments apparaissant objectivement unis¹⁰⁷ et leur séparation, si elle intervient, est

103. Dijon, 1^{er} avril 1930, *D.P.*, 1931, 2, 152 ; Montpellier, 4 juin 1952, *D.*, 1952, 645.

104. Montpellier, 4 juin 1952 précité.

105. *Supra*, n^{os} 30 s.

106. Civ., 24 janvier 1923, *S.*, 1923, I, 80 ; Soc., 27 juin 1952, *Bull.* 1952, III, n^o 554, p. 400.

107. Contra, Montpellier, 21 décembre 1922 (*G.P.*, 1923, I, 242) qui refuse de comprendre dans la vente de briques provenant d'anciens fours à acide sulfurique la blende adhérente aux briques réfractaires. Cet arrêt paraît critiquable, car il relève, pour dénier à la blende en question la qualité d'accessoire sa valeur supérieure à celle des briques qui lui servent de support — ce qui n'est pas déterminant dès lors que l'on distingue la notion d'accessoire au sens strict de la conception

évidente. Mais lorsque le rapport d'accessoire à principal provient de l'affectation du premier au service du second, le lien est beaucoup plus souple et fragile. Le propriétaire d'une chose est libre de lui assigner la destination qui lui paraît convenable. Mais cette affectation est d'abord une opération toute intellectuelle. Elle peut se défaire aussi vite qu'elle se fait.

Cette fragilité de l'affectation purement subjective n'a pas grande importance lors de la disparition pure et simple du principal : l'accessoire devient inutile, en fait, même si l'intention de son propriétaire de lui assigner pour but le service du principal en question ne se manifestait par aucun signe extérieur. Un changement d'affectation ultérieur pourra d'ailleurs redonner un but à l'accessoire¹⁰⁸.

Au contraire, s'il y a litige entre l'acheteur et le vendeur de la chose principale au sujet des accessoires susceptibles d'avoir été cédés, le vendeur prétendant avoir rompu le lien d'affectation pour conserver les accessoires, en théorie, on devrait décider que le changement de destination n'est possible de la part du vendeur que tant qu'il en est propriétaire. Toute la question serait de savoir si, au moment de la vente, il entendait encore maintenir le lien d'affectation au profit du principal. Mais, dans la mesure où ce lien dépend de la persistance de sa seule volonté il ne sera pas possible de prouver à partir de quand exactement le changement de destination s'est opéré. C'est pourquoi une vue un peu réaliste des choses impose de ne tenir compte que d'un rapport d'accessoire à principal qui se manifeste objectivement d'une manière quelconque.

C'est ce que souligne, assez maladroitement d'ailleurs, l'article 1615. « L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel ». On ne peut opposer les deux termes : le mot « accessoire » englobe les biens affectés durablement au service du principal. Mais, en insistant sur ce trait, le texte indique que le rapport de destination ne peut s'entendre d'une intention variable au gré de l'humeur ou des caprices du vendeur. L'article 1615 mêle la notion d'accessoire et un des critères permettant de la faire apparaître objectivement.

Il suffit de signaler brièvement ces manifestations extérieures de l'aménagement réalisé.

65. — Ou bien une « incorporation » de l'accessoire au principal matérialisera le lien qui les unit. Naturellement, il existe ici une infinité de nuances susceptibles d'orienter l'interprétation : il est plus facile de dévisser un boulon que de briser un scellement. Mais, si l'article 1615, en visant « ce qui a été destiné à l'usage perpé-

quantitative (*supra*, n^{os} 13 s.) — et le défaut d'affectation de la blende au service des briques, ce qui est incontestable mais n'exclut pas la possibilité de voir des accessoires par production.

108. *Supra*, n^o 43.

tuel » de la chose, semble exiger une union indestructible, il arrivera que l'on tienne compte de liaisons qui, pour n'être pas définitives, apparaissent néanmoins assez solides pour qu'on puisse présumer qu'à défaut de manifestation de volonté expresse en sens contraire, le rapport d'affectation a été maintenu.

— Ou bien, le lien rattachant l'accessoire au principal pourra être tiré d'une adéquation particulière de l'un à l'autre, manifestant entre eux un accord tel qu'il apparaisse tout naturel de les maintenir unis. Soit que le principal ait reçu un aménagement spécial afin de recevoir le complément que constitue l'accessoire, soit que la combinaison accessoire-principal soit d'une efficacité difficile, sinon impossible, à atteindre par d'autres voies. Cette dernière situation se rencontre, en particulier, lorsque le principal n'est pratiquement utile qu'avec l'apport de l'accessoire. C'est à proprement parler, l'hypothèse de « l'accessoire nécessaire » dont fait mention l'article 1018¹⁰⁹.

Mais cet accord objectif entre l'accessoire et le principal peut aussi être envisagé à partir de l'accessoire et non plus du principal : lorsque l'accessoire n'est pas en état de recevoir une nouvelle affectation, le dilemme entre suivre le sort du principal ou disparaître est en évidence et le choix ne peut faire de doute. Tel est le cas, par exemple, d'une servitude qui, par nature, ne peut être transportée du fonds dominant au profit d'un autre immeuble¹¹⁰. C'est le cas aussi des sûretés, visées à l'article 1692, qui ne peuvent être détachées de la créance primitivement garantie que par une manifestation de volonté expresse...

Quelques directives très générales peuvent donc être dégagées pour la recherche du caractère objectif du rapport d'accessoire à principal permettant de faire jouer la maxime *accessorium sequitur principale*. Il est difficile d'aller plus loin sans se perdre dans la foule des détails propres à chaque espèce. Il en va de même lorsqu'il s'agit de rechercher quels sont les accessoires normalement liés à un principal déterminé.

b) La détermination des accessoires normalement liés au principal.

66. — Le caractère objectif de la destination d'un accessoire peut résulter, on l'a vu, du fait qu'il n'est pas susceptible de recevoir une nouvelle affectation.

Ainsi le vendeur d'un animal doit-il fournir les papiers en attestant l'origine, le pedigree, éventuellement les certificats de saillie¹¹¹... Dans une telle hypothèse, il est rare que le vendeur,

109. Cf. Limoges, 3 février 1967, *D.*, 1967, somm., p. 58.

110. J. Carbonnier, *Droit civil*, II, n° 51, p. 169.

111. Rouen, 2 décembre 1892, *D.P.*, 1893, 2, 231 ; Lyon, 16 janvier 1907, *S.*, 1907, 2, 280 ; T. civ., Bayeux, 27 février 1925, *D.H.*, 1925, 398 ; T.G.I., Seine, 14 octobre 1964, *G.P.*, 1965, 1, 77.

déniant leur qualité d'accessoires, prétende retenir ces certificats devenus inutiles une fois cédé l'objet auquel ils s'appliquent¹¹². Le plus souvent, le vendeur ne demanderait pas mieux que de fournir ces papiers, mais il est dans l'impossibilité de le faire parce qu'ils n'existent pas, qu'il ne les a jamais détenus. L'acheteur, cependant, prétend que la chose vendue est incomplète si elle n'est pas accompagnée des accessoires sur lesquels il était en droit de compter. Or, si l'article 1615 vise les accessoires qui, effectivement, étaient liés au principal lors de la vente, ce qui soulève la question de la persistance de ce lien jusqu'au transfert de propriété, il conduit aussi à rechercher quels sont les accessoires qui *normalement* auraient dû être affectés au service de la chose vendue¹¹³.

Il sera possible de tirer parti de l'utilité plus ou moins grande que présente pour le principal, en raison de sa nature, le service d'un accessoire déterminé. Un certificat d'origine n'a évidemment pas la même importance suivant qu'il s'agit d'un cheval de course ou d'un animal de trait, non spécialement destiné à la reproduction¹¹⁴. Cette utilité de l'accessoire servira à établir le contenu de l'obligation du vendeur et donnera le plus souvent la mesure de la sanction, puisque c'est en fonction de la gravité de l'inexécution que le juge prononcera ou non une résolution totale ou partielle du contrat — sans pour autant d'ailleurs être tenu d'établir que le contrat n'eût pas été conclu si l'absence des accessoires avait été connue, s'agissant de résolution et non d'annulation¹¹⁵.

Cette particulière utilité de l'accessoire pour le principal se recherche sur un terrain rigoureusement objectif, puisque l'affec-

112. V. par exemple, T.G.I. Seine, 14 octobre 1964 précité : Une jument avait été vendue après plusieurs saillies par un étalon d'un haras national. Après la vente, un poulain était né que le vendeur revendiquait. Mais les règles de l'accession attribuent le croit au propriétaire d'un animal donc ici à l'acheteur (article 547, cf. *infra*, n^{os} 176 s.). Pour manifester son mécontentement, le vendeur prétendait mettre l'acheteur dans l'impossibilité de prouver l'origine du poulain en refusant de lui délivrer le certificat de saillie. A juste titre, le Tribunal de la Seine a donné satisfaction à l'acheteur qui réclamait ce titre, accessoire de la chose vendue.

113. On peut regretter le manque de précision qui s'attache à l'adverbe « normalement », si fréquemment employé dans le langage juridique. La situation « normale » étant celle qui ne donne pas lieu à litige, il faut bien s'y référer constamment. Mais le juge étant, par hypothèse, saisi d'un procès, il doit reconstituer *a posteriori* cette situation « normale » ce qui ne va pas sans une part d'appréciation subjective, facteur d'incertitude mais aussi de souplesse. C'est largement par là que se glisse l'équité sans laquelle le Droit deviendrait une mécanique absurde et inhumaine. Il ne faut d'ailleurs pas confondre cette souplesse nécessaire avec l'arbitraire et il existe des directives d'interprétation assez précises (rapp. Ch. Blaevoet, La place du normal et de l'anormal dans le Droit, *G.P.*, 1966, 1 doct., p. 65).

114. Lyon, 16 janvier 1907, *S.*, 1907, 2, 280, précité. — Paris, 19 mai 1925, *D.H.*, 1925, 504.

115. Req., 20 novembre 1929, *G.P.*, 1929, 2, 978. — J. Hémarde note sous Lyon, 9 juin 1953, *J.C.P.*, 1954, II, 7968.

tation n'apparaît plus comme une opération dépendant de la volonté du propriétaire de l'accessoire, mais comme une nécessité imposée par l'utilisation à laquelle est destiné le principal *par sa nature même*.

67. — Cette nécessité s'apprécie d'ailleurs largement. Il est finalement assez rare qu'une chose ne soit susceptible que d'une seule forme d'utilisation. On peut se servir d'une automobile dépourvue de roue de secours, mais l'usage en est moins sûr. La destination de l'automobile est-elle simplement la circulation, ou la circulation dans des conditions d'agrément ou de sécurité que peuvent apporter certains accessoires ? Entre l'impossibilité absolue de toute utilisation du principal dépourvu d'accessoire et la légère diminution de son intérêt, il y a toute une gamme de nuances. Aussi est-il fait une très large place aux *usages* pour apprécier ce qu'est la destination « normale » d'une chose et si cette destination implique la présence d'accessoires. Les usages évoluent et tel accessoire hier somptuaire peut apparaître nécessaire aujourd'hui. On retrouve là, entre les degrés de l'accessoire, le même caractère mouvant et, il faut bien le reconnaître, la même imprécision relative, que lorsqu'il s'agit de tracer la frontière entre la notion d'accessoire et celle d'élément constitutif d'un ensemble complexe.

Il peut paraître décevant de s'en remettre aux usages, dont l'appréciation laisse toujours une part d'incertitude. La méthode est pourtant employée, même pour en tirer des conséquences sur le plan répressif. L'article 37-1°-a de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945, modifié par le décret du 24 juin 1958 sanctionne comme délit de refus de vendre « le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan, de refuser de satisfaire, dans la mesure de ses disponibilités et dans les conditions conformes aux usages commerciaux, aux demandes des acheteurs... de bonne foi... ». Ce texte « doit être interprété comme érigeant en délit le fait de ne pas livrer conformément aux usages commerciaux¹¹⁶ ». Et, à ce titre, peut être réprimé le refus de fournir certains accessoires de la marchandise vendue.

Le commerçant qui achète des biscuits à un fabricant doit en obtenir les emballages. Ces biscuits étant destinés à être revendus, et la clientèle étant sensible à la garantie de qualité que lui offre une marque connue, à la présentation de laquelle elle est accoutumée, les emballages fournis devront être conformes aux livraisons habituelles du fabricant. La livraison des biscuits sous un emballage aux caractéristiques différentes et ne comportant pas, en particulier, l'indication de la marque de fabrique imprimée de la même façon

116. Circulaire du ministre des Finances et des Affaires économiques et du secrétaire d'Etat au Commerce intérieur du 31 mars 1960 relative à l'interdiction des pratiques commerciales restreignant la concurrence — dite « Circulaire Fontanet ». *J.C.P.*, 1960, III, 25529.

que sur les habillages ordinairement utilisés par le fabricant, a été pénalement sanctionnée¹¹⁷. Si cette solution a pu paraître rigoureuse, c'est d'ailleurs surtout parce que l'accessoire matériel — l'emballage — représentait aussi un droit — la marque de fabrique¹¹⁸ — et qu'il est assez délicat d'établir un rapport d'accessoire à principal entre un droit et une chose, problème que nous aborderons bientôt.

Il résulte de tout ceci que la détermination des accessoires soumis à la « règle de bon sens » *accessorium sequitur principale* dépend au premier chef de l'appréciation des faits. La notion d'accessoire est cependant une notion juridique et la Cour de cassation devrait, à partir des constatations souveraines des juges du fond exercer son contrôle sur la qualification d'accessoire. Malheureusement, ce contrôle n'est guère vigilant et lorsqu'il s'exerce on ne peut toujours approuver les solutions de la Cour suprême. Il est un exemple bien connu de l'attitude parfois critiquable de la Haute juridiction : le refus de considérer comme un accessoire soumis à la règle de l'article 1615 la « carte grise » d'une automobile.

c) Un exemple de l'appréciation par la Cour de cassation des caractéristiques de l'accessoire : la carte grise de l'automobile vendue.

68. — La « carte grise » constitue un véritable permis de circuler délivré par l'Administration préfectorale. Le défaut de justification de possession des pièces administratives exigées est puni d'amende¹¹⁹ et des sanctions d'ordre correctionnel frappent « toute personne qui aura sciemment mis ou maintenu en circulation un véhicule... sans être titulaire des autorisations ou pièces administratives exigées pour la circulation de ce véhicule », de même que toute personne qui aura fait usage de pièces périmées fausses ou altérées¹²⁰. Il est donc interdit de faire circuler un véhicule automobile sans pouvoir justifier, au moyen de la carte grise, de son immatriculation régulière auprès des services préfectoraux. Or, pour que l'acquéreur puisse obtenir l'immatriculation à son nom et ainsi mettre l'automobile en circulation, il faut accompagner la demande adressée à la Préfecture d'un certain nombre de pièces et, en particulier, lorsque le véhicule a déjà été immatriculé, de la carte grise établie au nom du vendeur, afin d'en effectuer le transfert¹²¹. La carte grise paraît être l'exemple type de « l'accessoire

117. Com., 13 juillet 1961, *D.*, 1961, 525, rapport Costa.

118. Cf. J. Guyenot, « L'incidence du droit des marques de fabrique sur le refus de vente et les pratiques commerciales d'exclusivité », *D.*, 1965, chron., p. 75 s.

119. Article R. 241 du Code de la Route.

120. Articles L. 10 et L. 11 du Code de la Route.

121. Articles R. 110 s. du Code de la Route, notamment articles R. 112 et R. 113.

Le transfert de carte grise est imposé à peine de sanctions en cas

nécessaire » dont la délivrance est due au même titre que la chose principale.

Pourtant, des arrêts bien connus de la Cour de cassation en ont décidé autrement. Au départ, il avait été jugé que la tâche de déterminer quels étaient les accessoires dont l'acheteur d'une automobile pouvait réclamer délivrance incombait aux juges du fond¹²². Or, tribunaux et cours d'appel se sont généralement accordés pour imposer au vendeur la délivrance des pièces administratives¹²³ en sanctionnant, la plupart du temps, l'inexécution de cette obligation par la résolution de la vente. Mais il est bien entendu que les juges disposent du pouvoir d'apprécier souverainement la gravité de l'inexécution. C'est ainsi qu'il a été décidé n'y avoir pas lieu à résolution de la vente lorsque l'utilisation de l'automobile demeurait possible malgré le défaut de délivrance de la carte grise du vendeur, soit que certaines catégories de véhicules aient pu circuler sans carte grise en vertu de dispositions réglementaires (aujourd'hui abrogées¹²⁴) ou d'une tolérance administrative temporaire¹²⁵, soit que l'acheteur ait eu la possibilité de faire directement établir un titre à son nom sans avoir à produire le récépissé du vendeur¹²⁶, que la carte grise ait été effectivement fournie avec seulement un retard de quelques jours¹²⁷ ou, évidemment, que les véhicules n'aient pas été destinés à la circulation¹²⁸.

Ces solutions paraissaient rationnelles. Mais un arrêt de la Cour de cassation en date du 19 mars 1958 a abandonné ces distinctions : « Vu les articles 1610 et 1615 du Code civil : Attendu qu'en l'absence de conventions particulières, la non-remise à l'acquéreur, par le vendeur d'un véhicule automobile, des documents justifiant de l'immatriculation administrative de celui-ci ne peut

de vente. Il a été jugé que les peines ne pouvaient être appliquées au cas d'acquisition à titre gratuit : Besançon, 24 janvier 1963, *D.*, 1963, 248, note H. Petit.

122. Req., 3 avril 1933, *G.P.*, 1933, I, 1029. — Req., 6 mai 1942, *D.A.*, 1942, 108.

123. Trib. civ. Seine, 13 novembre 1901, *Gaz. Trib.*, 1902, 1^{er} sem. 2, 270. — Trib. civ. Seine, 6 mars 1902, *Gaz. Trib.*, 1902, 2^e sem. 2, 291 ; *G.P.*, tables 1902-1907, v^o vente n^o 182 s. — Nancy, 20 février 1912, *G.P.*, 1912, I, 703, T. com. Nantes, 26 mars et 17 mai 1920, *Rec. Nantes*, 1920, I, 316 et 317 ; *G.P.*, tables 1920-1925, v^o vente n^o 139 s. — Rennes, 7 décembre 1921, *G.P.*, 1922, I, 161. — Douai, 1^{er} février 1928, *Rec. Douai*, 1928, 93 ; *G.P.*, tables 1925-1930, v^o vente, n^{os} 200, 201 ; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1928, 690. — T. com., Rouen, 20 juillet 1938, *G.P.*, tables 1935-1940, v^o vente n^o 119. — Lyon, 9 juin 1953, *J.C.P.*, 1954, II, 7968 note J. Hémard. — Montpellier, 16 mars 1954, *G.P.*, 1954, I, 409 ; *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1954, 694. — Paris, 31 mars 1955, *D.*, 1955, 435. — Bordeaux, 3 octobre 1955, *G.P.*, 1955, 2, 398. — Dakar, 29 mars 1957, *G.P.*, tables 1955-1960 v^o vente n^{os} 325 à 329. — Rennes, 9 avril 1957, *D.*, 1957, 591.

124. Nancy, 20 février 1912, *G.P.*, 1912, I, 703.

125. 1^{re} civ., 12 mars 1956, *D.*, 1956, 302.

126. Rennes, 7 décembre 1921, *G.P.*, 1922, I, 161.

127. Req., 6 mai 1942, *D.A.*, 1942, 108.

128. Com., 29 octobre 1956, *Bull.*, 1956, III, n^o 260, p. 224.

donner lieu à résolution de la vente en application de ces textes¹²⁹... ».

Déjà, le 1^{er} février 1956, la Chambre civile avait adopté une formule voisine¹³⁰. Mais il est vraisemblable que le pourvoi avait porté le débat sur un autre terrain¹³¹. Des arrêts du 12 mars 1956 et 29 octobre 1956 avaient d'ailleurs encore rejeté des pourvois en rappelant le pouvoir souverain des juges du fond pour apprécier la gravité de l'inexécution du contrat et en prenant soin de relever les circonstances de fait particulières ôtant à la carte grise une part importante de son utilité dans les espèces considérées¹³². Un arrêt du 6 février 1956 avait encore admis la résolution de la vente pour défaut de délivrance de la carte grise, retenant peut-être, il est vrai, la constatation implicite par les juges du fond d'une stipulation particulière intervenue entre les parties à ce sujet¹³³.

On peut noter que, postérieurement à l'arrêt du 19 mars 1958 qui se montre clairement hostile à l'application de l'article 1615 aux pièces administratives permettant la circulation de l'automobile vendue, la 1^{re} section civile a rejeté, le 26 mars 1963, dans des conditions malheureusement assez ambiguës, le pourvoi formé contre un arrêt prononçant la résolution de la vente, en relevant que le véhicule livré sans carte grise était inutilisable¹³⁴.

129. 1^{re} Civ., 19 mars 1958, *J.C.P.*, 1958, II, 10618, note J. Hémard ; *D.*, 1958, 353 ; *G.P.*, 1958, I, 366 ; *S.*, 1958, 363.

130. 1^{re} Civ., 1^{er} février 1956, *D.*, 1956, 333, note J. Hémard ; *G.P.*, 1956, I, 320.

131. L'arrêt commence en effet ainsi : « Vu l'article 1583, Attendu qu'une vente est parfaite dès lors qu'est constaté l'accord des parties sur la chose et sur le prix »... Ce qui laisse supposer que la question soumise à la Cour de Cassation était en réalité celle de la formation du contrat et du transfert immédiat de propriété, question où la carte grise n'a aucun rôle à jouer (*infra*, n° 69).

132. 1^{re} Civ., 12 mars 1956, *D.*, 1956, 302, précité (tolérance administrative permettant au tracteur vendu de circuler sans carte grise). — Com., 29 octobre 1956, *Bull.*, 1956, III, n° 260, p. 224 précité (vente de camions sans pneus ni chambres à air, non destinés à la circulation).

133. 1^{re} Civ., 6 février 1956, *G.P.*, 1956, I, 320 ; *Bull.*, 1956, I, n° 58, p. 48. L'arrêt manque de netteté car il a d'abord trait au pouvoir du juge d'examiner les faits invoqués à l'appui de la demande sous tous leurs aspects juridiques. Sur le point qui nous occupe ici, il est fait allusion à l'érection de la livraison des pièces administratives nécessaires à la circulation, en condition suspensive affectant la vente ; l'arrêt prend soin aussi de relever les constatations des juges du fond selon lesquelles, si la voiture était en mauvais état, elle n'était pas réduite à l'état d'épave inapte à la circulation.

134. 1^{re} Civ., 26 mars 1963, *Bull.* 1963, I, n° 187, p. 161. — L'affaire mêlait malheureusement au défaut de délivrance de la carte grise des difficultés nées du mauvais état du moteur du véhicule. L'arrêt attaqué avait néanmoins prononcé la résolution de la vente « aux motifs que le vendeur a en principe l'obligation de délivrer les accessoires de la chose indispensables à son service normal et qu'en ne délivrant pas les pièces administratives sans lesquelles l'automobile ne pouvait être mise en circulation, le vendeur avait commis une faute d'inexécution partielle »...

69. — S'il est assez malaisé de dégager un véritable courant de jurisprudence, il reste que le seul arrêt de la Cour de cassation qui ait abordé la question de front s'est catégoriquement prononcé dans le sens de l'exclusion de la carte grise du nombre des accessoires de l'automobile qui doivent en suivre le sort.

Cette solution a été vivement critiquée¹³⁵. Il est aisé de montrer à quelles conséquences absurdes elle aboutit. Voici l'acquéreur qui va devoir conserver une automobile qu'il ne peut utiliser sans enfreindre les règlements. On sait que le commerce des véhicules d'occasion n'a pas la réputation d'être particulièrement loyal¹³⁶. Il est vraiment paradoxal de voir la fraude et la tromperie protégées par la jurisprudence de la Cour de cassation.

A tel point qu'il est très difficile de trouver une explication à cette attitude insolite.

On peut certes penser que la Chambre civile a considéré, à tort, que la non-remise des pièces administratives n'empêchait pas absolument l'acheteur de mettre licitement le véhicule en circulation¹³⁷. Mais il serait extraordinaire que la haute juridiction pût ignorer la teneur des règlements et les modifications qu'ils ont pu subir. De plus, l'appréciation de l'utilité que conserve pour l'acheteur la chose délivrée sans ses accessoires relève du pouvoir souverain des juges du fond, comme le rappelait autrefois la Cour suprême elle-même¹³⁸. Il faut donc chercher ailleurs une explication de la cassation intervenue de façon si surprenante.

La carte grise ne serait pas un accessoire de l'automobile auquel l'article 1615 pourrait s'appliquer. Mais pourquoi ? Il semble que la Cour de cassation ait voulu nettement marquer la distance qui sépare le transfert de propriété civil de ce qui n'est que formalités administratives sans incidences sur le fond du droit. Sur ce point il n'y a aucun doute et les juges du fond sont parfaitement conscients de la distinction : « Attendu que la vente des automobiles en France n'est soumise sur le terrain du droit civil à aucune formalité sacramentelle et est parfaite au cas de vente au comptant par la tradition et le paiement du prix comme toutes les ventes de meubles¹³⁹ » ; « Attendu que ni le document dit « récépissé de déclaration » et communément désigné sous le nom de

Le pourvoi ne critiquait pas directement ces motifs mais leur reprochait d'être en contradiction avec d'autres dispositions de l'arrêt. Si donc le rejet du pourvoi est assez ambigu, la rédaction de l'arrêt de la Cour de Cassation ne semble pas hostile à une telle formule.

135. J. Hémard, notes précitées, *D.*, 1956, 333 ; *J.C.P.*, 1958, II, 10618. Henri Roland, « Observations sur la vente des véhicules d'occasion », *D.*, 1959, chron., p. 161 s.

136. V. les nombreuses décisions sanctionnant pénalement les vendeurs de véhicules d'occasion pour fraude prévue par la loi du 1^{er} août 1905.

137. V. H. Roland, chron. précitée, p. 164.

138. Req., 3 avril 1933 et 6 mai 1942 précités.

139. T. civ., Bordeaux, 27 février 1947, *G.P.*, 1947, I, 201.

« carte grise » ; ni le certificat de vente nécessaire à son établissement ne sont les titres de propriété de la voiture automobile à laquelle ils s'appliquent ; qu'ils constituent des pièces administratives exigées seulement pour la police du roulage...¹⁴⁰ » Il n'est pas question de confondre la détention de la carte grise et la possession de l'automobile. Et c'est ainsi que l'établissement des pièces administratives au nom d'un tiers n'équivaut pas à la tradition réelle de la chose, caractéristique d'un don manuel¹⁴¹. A la différence des navires ou des aéronefs, l'immatriculation des automobiles n'est pas une institution civile. Encore qu'« on relève une tendance à faire des institutions de police le support d'institutions civiles¹⁴² » — et c'est le cas en matière d'automobiles où la publicité du gage légal, plus énergique encore que la possession réelle, est rattachée à l'immatriculation du véhicule — « ce n'est là qu'une tendance », et le principe demeure que les règles de la vente en droit civil fonctionnent indépendamment de toute question d'enregistrement administratif dont la régularité ne concerne que la police de la circulation.

Or c'est précisément ici que se situe la confusion : dire que les formalités administratives n'ont aucune incidence sur le transfert de propriété de l'automobile est exact, mais cela ne signifie pas pour autant que le droit civil doive systématiquement ignorer l'existence de l'immatriculation exigée par la police du roulage : si on prétendait subordonner la transmission de la propriété à l'exécution des obligations administratives, on comprendrait que la Cour de cassation réagisse aussitôt en défendant jalousement les vieux principes du Code civil contre l'envahissement de règles hétérogènes. Mais cette réaction est absolument hors de propos car « l'attaque » contre les règles de la vente des meubles est imaginaire. Bien au contraire, c'est d'une pure application des solutions du droit civil dans ce qu'il a de plus traditionnel qu'il s'agit !

70. — Il serait lassant d'insister. La propriété de l'automobile est une chose, la liberté de circuler en est une autre¹⁴³. Or il n'est pas discuté que la vente est parfaite et que la propriété de la voiture est passée à l'acquéreur. Le seul point en question est de savoir si le vendeur doit délivrer la carte grise avec l'automobile. Pour répondre, il faut trancher : Cette carte grise est-elle un accessoire du véhicule ? A cet égard, qu'il s'agisse d'une pièce administrative sans incidence sur le fond du droit de propriété de l'objet

140. Montpellier, 16 mars 1954, *G.P.*, 1954, I, 409.

141. 1^{re} Civ., 11 juillet 1960, *D.*, 1960, 702, note Voirin ; *Rev.*, *Trim. Dr. civ.*, 1961, 164, obs. R. Savatier. — Rapp. T. civ., Toulouse référés 24 octobre 1951, *D.*, 1952, 83. — *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1952, p. 92, obs. R. Savatier.

142. P. Voirin, note précitée, *D.*, 1960, 703.

143. R. Savatier obs. précitées, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1952, p. 92.

qu'elle vise n'a aucune influence. La roue de secours livrée à titre d'accessoire avec l'automobile n'a pas plus d'importance quant au fond du droit et ce n'est pas parce que le détenteur de la seule roue de secours ne peut se prétendre devenu propriétaire de la voiture, que la vente du véhicule, avec ses accessoires, ne comprendrait pas de roue de secours. L'accessoire s'ajoute au principal dont il accroît l'utilité. Pourquoi ne pourrait-on ajouter à une chose l'autorisation administrative de s'en servir ? A vrai dire, la question ne se discute même pas, tant la solution est évidente : la carte grise est un titre réel attaché à un véhicule déterminé¹⁴⁴. Son but étant même d'en assurer l'identification. Peut-on exiger plus nettement la preuve du rôle de support joué par l'automobile ? La carte grise lui est attachée, elle n'existe que pour elle, elle doit être détruite avec elle. Et si l'on veut rechercher l'utilité que présente pour le principal l'affectation à son service de cet accessoire particulier, la démonstration est trop facile. Si, paraît-il, quelques amateurs fortunés restaurent quelques « Bugatti » de la bonne époque, pour les faire figurer chez eux à titre d'objet d'art, l'immense majorité des automobiles ne sont pas considérées comme des pièces de musée. Sans la carte grise du vendeur il est impossible d'obtenir l'autorisation de circuler ; quel accessoire pourrait être plus utile que cette pièce administrative ?

La solution jurisprudentielle apparaît dans tout son illogisme quand on la rapproche de celle qui a été constamment admise à propos des divers certificats et autres pédigrées, accessoires des animaux vendus, dont on ne discute pas qu'ils doivent être fournis à l'acheteur en vertu de l'article 1615¹⁴⁵. Pas plus que la carte grise, un pédigrée n'est un titre de propriété. Mais il ajoute à la valeur de l'animal ; il lui est affecté ; c'est un accessoire. Par rapport à la carte grise de l'automobile, la seule différence notable est que son utilité est moindre pour l'usage de la chose principale. C'est cultiver le paradoxe que d'en conclure à une dispense pour le vendeur de délivrer l'accessoire lorsqu'il est nécessaire alors qu'il y demeurerait tenu lorsqu'il n'est que simplement utile.

71. — C'est pourtant à partir de cette comparaison qu'une autre explication des arrêts a été proposée¹⁴⁶. La Cour de cassation n'aurait exprimé qu'une partie du raisonnement, sans en tirer jusqu'au bout les conséquences : la carte grise ne peut être considérée comme un accessoire, non parce qu'il est possible de faire abstraction des règles de police de la circulation, mais parce qu'elle est à la fois trop nécessaire et trop extérieure à l'automobile. Trop nécessaire parce qu'« il est assez peu raisonnable de qualifier d'accessoire ce qui, en fin de compte, à défaut de livraison, sup-

144. R. Savatier obs. précitées, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1961, p. 164.

145. *Supra*, n° 66.

146. Henri Roland chron. précitée, p. 165-166.

prime tout l'usage de la chose¹⁴⁷ » et trop extérieure parce que l'article 1615 vise la chose dans sa matérialité avec des accessoires corporels, comme la roue de secours ou les outils, mais non des pièces administratives qui, objectivement, ne paraissent pas faire corps avec l'automobile. Mais si la carte grise n'est pas un accessoire, cela ne signifie pas que sa délivrance ne soit pas obligatoire. Seulement ce n'est pas l'article 1615 qui justifiera cette obligation, mais bien l'article 1625. Le vendeur est tenu de procurer à l'acquéreur la possession paisible de la chose vendue. « Or il n'est pas niable que le nouveau propriétaire d'un véhicule, qui n'a pu se procurer les pièces administratives, n'a pas une possession paisible, puisque sa possession est illicite¹⁴⁸. »

Ce système, qui a d'ailleurs été plus ou moins nettement adopté par certaines décisions¹⁴⁹, constitue un progrès dans la mesure où il aboutit à contraindre le vendeur à fournir à son acquéreur les pièces administratives nécessaires à la mise en circulation du véhicule. Mais cette solution ne paraît pas d'une saine technique.

Il est certain que l'obligation de délivrer les accessoires avec la chose elle-même rencontre l'obligation de procurer à l'acquéreur une possession paisible, puisqu'il s'agit finalement de donner à l'acheteur les moyens de profiter, sans trouble, de toutes les utilités de la chose. Mais il faut éviter d'absorber complètement l'une par l'autre. Il s'agit d'obligations qui demeurent distinctes, bien que concourant au même but, qui est d'obtenir la réalisation des résultats pratiques de la convention. Le transfert de propriété ayant été réalisé, le vendeur demeure tenu, d'une part, de l'obligation de délivrance et, d'autre part, de l'obligation de garantie ; mais cette dernière n'intervient que pour parfaire l'exécution de la convention, elle ne fait que se superposer aux obligations déjà existantes du contrat sans les absorber¹⁵⁰. Il est évident que le vendeur qui n'effectue pas la délivrance de la chose vendue ne procure pas à son acquéreur une possession paisible. Mais l'article 1625 signifie quelque chose d'autre, qui n'est pas déjà inscrit aux articles 1604 et 1615 : le vendeur doit *s'abstenir de troubler* la jouissance *qu'il a déjà dû conférer* pratiquement à son acquéreur en lui livrant la chose vendue. La garantie est une obligation supplémentaire qui suppose déjà exécutée l'obligation de délivrance.

Or il ne paraît pas discutable que la remise de la carte grise ressortit à l'obligation de délivrance et non à l'obligation de garantie. Si la délivrance est, selon l'expression de la doctrine unanime, redressant la formule de l'article 1604, « la mise de la

147. *Ibid.*

148. *Ibid.*

149. Paris, 31 mars 1955, *D.*, 1955, 435. — Bordeaux, 3 octobre 1955, *G.P.*, 1955, 2, 398.

150. B. Gross, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, thèse Nancy, 1962, n° 105.

chose à la disposition de l'acheteur¹⁵¹ », qu'est-ce d'autre que réclame l'acheteur qui veut obtenir les pièces nécessaires à l'immatriculation du véhicule à son nom ?

72. — S'agissant de l'obligation de délivrance, à quel titre pourrait être réclamée la carte grise si ce n'est à celui d'accessoire ? L'affirmation selon laquelle « ce n'est pas à titre d'accessoire mais à titre principal que l'aliénateur viole l'obligation de délivrance en ne fournissant pas la carte grise¹⁵² » est assez surprenante. Faut-il comprendre que les pièces administratives et l'automobile sont liées au point de former un seul objet compris dans la même opération de délivrance ? Ce serait absurde car il est difficile d'imaginer choses plus dissemblables et physiquement distinctes qu'une automobile et des papiers. Il serait d'ailleurs contradictoire de dénier à la carte grise la qualité d'accessoire au motif qu'elle apparaît « trop extérieure au véhicule » et de l'identifier avec la voiture au point de la considérer comme n'étant pas susceptible d'une délivrance distincte. Faut-il comprendre alors que la carte grise n'est pas elle-même objet de délivrance, mais que sa remise constitue une opération de délivrance de l'automobile elle-même ? Il est vrai que l'obligation de délivrance est assez largement conçue en jurisprudence puisqu'elle comprend, par exemple, pour le vendeur d'immeuble, la charge d'effectuer la radiation des inscriptions, privilèges ou hypothèques ayant grevé l'immeuble antérieurement à la vente¹⁵³. Mais, ici, quelle serait l'obligation imposée au vendeur de l'automobile au titre des opérations constituant la délivrance de la chose vendue ? La mise à la disposition de l'acheteur de l'ancienne carte grise. Or n'est-ce pas là-même la délivrance de cet objet particulier qu'est ce titre administratif ? La remise de l'automobile *et* la remise de la carte grise sont bien *deux* délivrances. Si la première seule a été prévue au contrat, comment imposer la seconde si ce n'est sur le fondement de l'article 1615 ? Que la délivrance de la chose principale ne puisse être efficace sans la délivrance de l'accessoire n'est pas un obstacle, bien au contraire.

Enchevêtrer l'obligation de délivrance et l'obligation de garantie ou inclure la fourniture de la carte grise dans l'obligation de délivrance de l'automobile elle-même sont des formules ingénieuses, mais il paraît regrettable de devoir envisager de tels détours alors que l'application de l'article 1615 serait la solution la plus simple.

Il reste que cette discussion attire l'attention sur une constatation exacte : l'utilité des pièces administratives se situe seule-

151. Ph. Malaurie *Encycl. Dalloz*, v° vente, n° 1009. — H.L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, III, n° 930.

152. Henri Roland chron. précitée, p. 166.

153. 1^{re} Civ., 23 octobre 1963, *J.C.P.*, 1964, II, 13485 n. J. Mazeaud ; D., 1964, 33, n. P. Voirin.

ment sur un plan juridique ; l'automobile fonctionne sans aucun secours tiré de la carte grise ! Et la comparaison entre les différents accessoires de la chose vendue fait apparaître deux groupes. Certains apportent au principal un complément ou une amélioration d'ordre matériel, tandis que d'autres offrent leurs services au niveau des droits, prérogatives ou autorisations. Il n'est pas douteux qu'une partie des difficultés rencontrées provient alors du défaut d'homogénéité entre l'accessoire et le principal. Lorsqu'il s'agit de la carte grise d'une automobile, il est encore possible d'éluder la question : l'autorisation administrative, la prérogative conférée, paraît incorporée dans le titre qui la matérialise. Si l'utilité du récépissé dépasse celle d'un simple morceau de carton, il n'empêche que la carte grise est tout de même un morceau de carton. Mais il faut bien finalement en venir à aborder le problème de la réunion au sein d'un rapport d'accessoire à principal de deux éléments de nature juridique différente.

B. — L'accessoire et le principal de nature juridique différente
Le problème des droits accessoires d'une chose

73. — A première vue, la différence de nature juridique entre l'accessoire et le principal ne paraît pas être un obstacle à la réunion des conditions d'application de la maxime *accessorium sequitur principale*. On ne voit pas non plus pourquoi la nature incorporelle de l'accessoire devrait soulever des questions particulières. Nous avons déjà rencontré de tels accessoires et, pour rester dans le secteur actuellement étudié, il suffit de remarquer que l'article 1692 vise ces droits accessoires que sont les sûretés. Il n'est pas discuté non plus que la vente du fonds dominant confère à l'acquéreur le bénéfice des servitudes établies au profit du fonds. De la même manière, l'aliénation d'un fonds de commerce peut emporter cession d'accessoires incorporels. C'est ainsi, par exemple, que la licence pour la vente des vins et alcools, nécessaire à l'exploitation d'un débit de boissons, « est vendue avec le fonds de commerce dont elle est l'accessoire ¹⁵⁴ »...

Toutefois, il est, dans notre droit, des clivages qui revêtent une importance exceptionnelle. Telle est, par exemple, la distinction des meubles et des immeubles. Peut-on considérer que des

154. Req., 7 mai 1935, *D.H.*, 1935, 315 ; *S.*, 1935, 1, 214. — Dans le même sens : Req., 14 juin 1926 (1^{er} arrêt, solution implicite), *S.*, 1927, 1, 266 ; Req., 21 avril 1928, *S.*, 1928, 1, 208 ; Req., 23 juin 1930, *S.*, 1930, 1, 344 ; Req., 15 juin 1931, *S.*, 1931, 1, 285, *D.P.*, 1931, 1, 125 ; Civ., 7 janvier 1936, *D.H.*, 1936, 132, *G.P.*, 1936, 1, 360 ; Com., 29 mai 1953, *J.C.P.*, 1953, II, 7720 note A. Cohen. L'exemple est typique si l'on songe que cette licence n'est que le droit fiscal d'exploiter le fonds et que la solution qui consiste à lui en faire suivre le sort n'a pas donné lieu à des difficultés analogues à celles qui ont été soulevées à propos de la carte grise, qui n'est que l'autorisation administrative d'utiliser le véhicule (*supra*).

meubles soient des améliorations d'un immeuble au sens de l'article 2133 et, à ce titre, soumis à hypothèque, droit immobilier ? L'acuité de la question est dissimulé par la théorie de l'immobilisation par destination. Mais précisément l'existence d'une telle théorie est un signe de l'embarras que suscite un rapport d'accessoire à principal dont les deux termes sont situés de part et d'autre d'une frontière technique que des siècles de tradition ont rendue difficile à franchir.

Le problème apparaît, en pleine lumière cette fois, lorsque la relation d'accessoire à principal semble unir un droit personnel à un droit réel ou, ce qui paraît encore plus choquant, un droit à une chose corporelle. Ici, pas d'issue comparable à l'immobilisation juridique artificielle permettant d'éluider la question. C'est donc cette situation qu'il nous faut examiner, réservant pour plus tard l'étude de la théorie de l'immobilisation par destination dans laquelle il est clair qu'on ne peut considérer que la règle de l'accessoire soit une simple maxime d'interprétation¹⁵⁵.

74. — La difficulté est sérieuse et conduit à approfondir l'analyse théorique du rapport d'accessoire à principal. Pourtant, elle naît à l'occasion d'hypothèses concrètes fort simples :

Le propriétaire d'un immeuble l'ayant fait réparer par un entrepreneur, sur les plans d'un architecte, l'immeuble fut ensuite vendu. L'acquéreur, découvrant des vices dans l'objet de son acquisition, agit directement contre l'architecte et l'entrepreneur. La Cour d'Aix accueillit l'action : « Attendu qu'au cas de vente de l'immeuble avant l'expiration de la période décennale, on doit admettre que l'action que possède le maître de l'œuvre passe d'office sur la tête de l'acquéreur, comme un accessoire implicite de son acquisition, même si la cession n'en a pas été stipulée à son profit¹⁵⁶. »

C'est faire en l'espèce application pure et simple de l'article 1615. Cette solution semble se recommander d'un passage d'Aubry et Rau : « Le successeur particulier jouit de tous les droits et actions que son auteur avait acquis dans l'intérêt direct de la chose corporelle ou incorporelle à laquelle il a succédé, c'est-à-dire des droits et actions qui se sont identifiés avec cette chose comme qualités actives, ou qui en sont devenus les accessoires¹⁵⁷. »

Annotant l'arrêt de la Cour d'Aix, M. le doyen Rodière critique vigoureusement une telle position. Dire qu'un droit est accessoire d'une chose relève, dit-il, « d'une analyse insuffisante : lorsque l'article 1615 exprime que « l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires », c'est la chose, objet du contrat de vente, la chose dans sa matérialité qu'il désigne... Il ne faut pas

155. *Infra*, nos 249 s.

156. Aix, 5 octobre 1954, *J.C.P.*, 1955, II, 8548, note R. Rodière.

157. II, § 176.

confondre le droit avec son objet. Les « accessoires » de l'article 1615 concernent la chose et non le droit... ». Et un peu plus loin, l'éminent auteur frappe plus fort : « Quand Aubry et Rau parlent des « droits et actions qui se sont identifiés avec cette chose comme qualités actives ou qui en sont devenus des accessoires », ils supposent qu'un droit peut être attaché à une chose, ce qui paraît monstrueux... »

Cette critique est très grave. Certes M. Rodière est partisan d'une conception de l'accessoire différente de celle que nous avons retenue, puisque, pour lui, loin de constituer un brocard de logique juridique, la maxime *accessorium sequitur principale* « doit être tenue pour la règle d'une civilisation grossière et primitive ; hors des cas où la loi ou une commodité inéluctable l'impose, elle ne doit pas guider l'interprète ¹⁵⁸ ».

Mais cela ne suffit pas à écarter l'objection.

La question demeure posée de savoir si un droit peut être accessoire d'une chose. Et si la discussion semble s'être engagée à propos de l'affectation d'un droit au service d'une chose, il faut considérer le problème dans son ensemble et envisager l'influence sur un droit et une chose des différentes sources de la relation d'accessoire à principal que nous avons précédemment dégagées.

a) L'affectation.

75. — Le rapprochement des mots « droit » et « chose » pour désigner les deux termes d'un rapport d'accessoire à principal peut paraître choquant au premier abord. Ce sont deux mondes distincts que l'on voudrait mettre en relation. Plus précisément, l'accessoire — c'est la définition même du mot — s'ajoute au principal. Comment concevoir qu'un droit s'ajoute à une chose ?

— Nul ne conteste qu'une chose peut être accessoire d'une autre chose et M. Rodière en donne lui-même des exemples : « La maison vendue comprend-elle les objets qui la meublent ? Le cheval vendu doit-il être livré avec une partie de son harnachement ? L'automobile vendue doit-elle être livrée avec les outils qui garnissent son coffre ? C'est à ces questions que répond l'article 1615 ¹⁵⁹. » Ces accessoires sont en effet sûrement visés par l'article 1615 qui, au minimum, désigne « la chose dans sa matérialité ». Mais qu'est-ce à dire ? Ces accessoires s'ajoutent à la chose principale. Cependant, ils en sont matériellement distincts. On ne peut confondre le mobilier avec la maison, pas plus que le harnais avec le cheval ou les outils avec l'automobile. L'accessoire étant individualisé, il ne forme pas avec le principal un objet matériel unique. Ce qui « s'ajoute » au principal, ce sont les *services*

158. Beudant, Lerebours-Pigeonnière, par Rodière et Percerou, t. XII, 1947, n° 182, p. 197.

159. Note précitée, J.C.P., 1955, II, 8548.

que procure la chose accessoire qui lui est affectée, de telle sorte que le *rendement* de ce principal (et non sa consistance même) se trouve accru. En réalité, la chose principale est augmentée, non de la chose accessoire elle-même, dans sa matérialité, mais de l'affectation de l'accessoire à son profit, c'est-à-dire du *potentiel de services* que peut fournir cet accessoire.

Qu'y a-t-il, dans une telle analyse, qui soit véritablement spécifique du rapport d'accessoire à principal unissant une chose à une autre chose ?

— La servitude est définie par l'article 637 comme « une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire ». Certaines utilités du fonds servant sont affectées au profit du fonds dominant. Ce fonds dominant, dans sa matérialité, n'est accru d'aucune parcelle du fonds servant, mais il est augmenté de l'affectation à son profit de ce *potentiel de services* que représente le droit réel sur le fonds voisin. Et, effectivement, il ne semble pas discuté que la servitude est un droit accessoire du fonds dominant et se transmet avec lui ¹⁶⁰.

— Allons plus loin. Un droit de créance permet d'obtenir certains services du débiteur. Si cette prestation n'a de sens qu'appliquée à une chose dont elle permet de renforcer l'utilité, pourquoi ne pas admettre que cette chose est accrue de l'affectation à son profit du *potentiel de services* que représente la créance ? Pourquoi, si l'on reconnaît qu'une chose peut être accessoire d'une autre chose, refuserait-on qu'un droit pût être accessoire d'une chose ?

Si l'on se place du côté de la chose principale, et qu'on envisage le résultat produit par l'affectation, on s'aperçoit qu'il s'agit toujours d'un accroissement de l'efficacité du principal par les services que procure l'accessoire. Les droits réels ou de créance sont une possibilité de services futurs. Economiquement parlant, ils constituent des biens. « Le droit pour le créancier d'exiger un bien du débiteur est lui-même un bien nouveau ¹⁶¹. » Il a été démontré que la superposition des créations juridiques à une simple réalité matérielle tend à substituer l'abstrait au concret et à dégager ce bien incorporel qui s'appellera finalement « valeur ¹⁶² ». A cet égard, les droits représentent des richesses au même titre que les choses. L'accessoire, parce que les services qu'il fournit sont destinés à accroître l'utilité de la chose principale, est une valeur ajoutée à la valeur du principal. Sous cet angle, il n'y a pas à distinguer entre choses et droits accessoires.

160. Beudant-Voirin, IV, n° 498 ; Marty et Raynaud, II, 2, n° 142 et les références.

161. R. Savatier, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1958, p. 331 s.

162. *Ibid.*

76. — Mais si l'on abandonne ce point de vue économique pour envisager l'analyse juridique, n'y a-t-il pas d'obstacle à mettre ainsi sur le même plan les droits et les choses ?

M. S. Ginossar a proposé une « élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux ¹⁶³ » qui semble ici écarter toute difficulté. Pour cet auteur, les droits réels sur la chose d'autrui, comme les droits personnels, entrent dans la catégorie des créances. Les uns comme les autres correspondent à des obligations pesant sur le débiteur, avec cette différence que le droit réel fait naître une obligation réelle, incombant au maître du bien grevé, en sa qualité de propriétaire, alors que le droit personnel s'exerce contre une personne nommément désignée. Or ces créances constituent des biens, de nature incorporelle. Ils sont donc, comme les choses, objets de propriété. La propriété, dans cette théorie, désigne de façon générale l'appartenance d'un bien quelconque — corporel ou incorporel — à une personne. S'agissant des créances, il y a donc superposition de deux rapports juridiques, alors que pour les choses, la seule propriété atteint directement l'objet matériel. Le patrimoine d'une personne se compose ainsi d'une masse de biens qui lui appartiennent et sont donc objets de propriété, ces biens étant soit des choses, soit des créances.

Il semble alors n'y avoir aucun obstacle théorique à décider qu'un droit peut être accessoire d'une chose, le rapport d'accessoire à principal reliant différents biens qui sont tous objets de propriété.

Cependant, ce système est loin de faire l'unanimité. « Si tout est propriété, il n'y a plus de propriété : le droit de propriété au sens spécifique s'évanouit... Sans doute, la créance est-elle aussi un bien et un bien actuel, dont le créancier peut dire, dès à présent, qu'il est sien et lui appartient... En ce sens, comme tout droit pécuniaire, la créance est, pour le créancier, constitutive de propriété ou, du moins, objet de propriété... Mais ce caractère commun à tous les droits pécuniaires... de constituer des propriétés, c'est-à-dire des biens propres à un sujet, reliés à celui-ci par un lien d'appartenance dont il a en principe la maîtrise, ne dispense pas de relever les traits qui, du point de vue de leur *structure*, particularisent ces différentes sortes de droits constitutifs de propriété, donnant à chacun leur figure originale... ¹⁶⁴ » « Même lorsque les droits personnels conduisent à une utilisation de la chose ou du bien considéré, ils ne permettent d'y accéder que par le truchement d'une autre personne, celle du propriétaire ou titulaire du droit sur cette chose, sur ce bien ¹⁶⁵. »

Et c'est bien là que siège la difficulté. N'y a-t-il pas dans la

163. *Droit réel, propriété et créance*, L.G.D.J., 1960.

164. J. Dabin, « Une nouvelle définition du droit réel », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 27.

165. Marty et Raynaud, II, 2, n° 6.

structure d'un droit — d'une créance, dans la terminologie de M. Ginossar — un obstacle qui empêche de le mettre sur le même plan qu'une chose ? Il ne suffit pas de dire qu'une créance peut être objet de droit comme une chose est aussi objet de droit pour abolir une différence de nature qui paraît s'opposer à leur rapprochement au sein d'un rapport d'accessoire à principal.

Ce serait d'ailleurs une erreur de croire que la présentation nouvelle des droits patrimoniaux supprime le problème. Bien au contraire, M. Ginossar précise lui-même : « Sans doute, la généralisation du droit de propriété fait disparaître sa spécificité ; mais celle-ci se reporte désormais sur l'objet de la propriété... La nouvelle théorie... compare et oppose tout à la fois l'une à l'autre propriété des choses et propriété des créances, préservant ainsi toutes leurs différences spécifiques...¹⁶⁶ »

Il faut donc entreprendre l'analyse de ce que pourrait être un droit accessoire d'une chose, pour tenter de découvrir où pourrait se situer le point de contact entre le droit et la chose, d'où résulterait le rapport d'accessoire à principal.

77. — « Tout droit subjectif comporte dans sa structure un sujet, bien sûr, mais aussi un objet, sans compter un contenu¹⁶⁷. »

— L'affectation ne fait pas dépendre du principal le *contenu* du droit. « Le contenu du droit est ce qui le délimite dans son mode et son étendue : il inclut telle prérogative ou tel faisceau de prérogatives¹⁶⁸. » C'est la nature du droit (propriété, servitude, créance...) et non sa destination qui définit les limites des pouvoirs du titulaire¹⁶⁹.

— Si l'affectation du droit au profit d'une chose signifiait que cette chose devient *sujet* du droit, ce serait assurément « monstrueux ». « Loin d'être des sujets de droit s'imposant au respect des hommes, les choses sont objets de droit, assujettis à leur service¹⁷⁰. » Le sujet est celui qui est titulaire du droit. « C'est celui qui a comme sien¹⁷¹ » un droit qui lui confère sur son objet une « maîtrise¹⁷² ». « Le droit est faculté d'agir en maître¹⁷³. » Cette « faculté d'agir et de choisir¹⁷⁴ » n'a pas de sens pour une chose. « Seul l'homme, l'individu humain, a titre pour être reconnu

166. S. Ginossar, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 577.

167. J. Dabin, *loc. cit.*, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 28.

168. J. Dabin, *Le droit subjectif*, p. 168.

169. Sauf intervention du législateur, qui peut n'accorder un droit que sous la condition qu'il en sera fait un usage déterminé, limitant ainsi l'étendue des prérogatives du titulaire. — Cf. J. Dabin, *Le droit subjectif*, p. 238.

170. J. Dabin, *Le droit subjectif*, p. 112.

171. *Ibid.*, p. 83.

172. *Ibid.*, p. 87.

173. *Ibid.*, p. 90.

174. *Ibid.*, p. 91.

sujet de droit... En réalité, l'homme est sujet de droit parce qu'il a des droits ; et il a des droits parce qu'il est personne, une personne au sens scientifique et philosophique ¹⁷⁵. »

Pourtant, en raison de l'affectation, la chose principale profite du droit. Pothier disait : « C'est plutôt à l'héritage que les servitudes sont dues qu'à la personne ¹⁷⁶. » Mais ce n'est qu'une image. Pour que la chose devienne sujet du droit, il faudrait qu'elle se transformât en personne. C'est d'ailleurs ce qui a été suggéré, précisément à propos des servitudes : il faudrait faire du fonds dominant une personne morale pour y voir le titulaire du droit ¹⁷⁷. Ce n'est évidemment pas le droit positif ¹⁷⁸. La chose n'est pas érigée en personne. Elle ne peut être sujet de droit.

— *L'objet* du droit est ce sur quoi il porte. L'objet du droit de propriété, au sens classique du terme, est une chose. L'objet d'une servitude est le fonds servant. L'affectation d'un droit au service du principal laisse son objet distinct de la chose principale : le fonds servant est matériellement indépendant du fonds dominant et la destination assignée à la servitude n'y change rien. Que le droit de servitude portant sur le fonds servant soit affecté au profit du fonds dominant n'opère aucune confusion entre les deux immeubles. Quant au droit de créance, il permet à son titulaire d'exiger l'exécution d'une prestation par le débiteur. Il porte sur l'activité du débiteur. C'est ce qui permet à M. Dabin de dire : « Le droit de créance a pour objet (il ne faut pas hésiter sur le vocable) une personne ¹⁷⁹. » Il est évident que l'activité du débiteur est un « objet » distinct de la chose principale.

Mais, si l'objet du « droit accessoire » ne se confond pas avec la chose principale, il n'en est pas complètement indépendant : la chose principale profite de certains services tirés du fonds servant ; elle profite de l'activité du débiteur.

175. *Ibid.*, p. 115.

176. Coutume d'Orléans, tit. XIII, n° 2.

177. J. Carbonnier, *Droit civil*, II, n° 56, p. 184.

178. S'il est assez facile de reconnaître la personnalité morale à des groupements d'individus, le droit français se montre hostile à la personification de biens. Sans doute en raison de la théorie du patrimoine et de la difficulté qu'il y a à dégager des intérêts propres aux biens, distincts de ceux du propriétaire.

179. *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 28. — Le caractère un peu choquant de cette expression vient de l'ambiguïté du mot « objet », qui est utilisé aussi bien pour désigner ce sur quoi porte un droit, que comme synonyme de chose. Dans le droit réel, les deux sens du mot coïncident, puisque le droit porte directement sur une chose. Dans la créance, le droit porte d'abord sur une activité du débiteur (*facere, non facere, dare*) et indirectement seulement sur les biens du débiteur. Réserver, comme le fait la terminologie courante, le terme d'objet pour désigner les choses sur lesquelles porte indirectement le droit a le mérite d'insister sur le caractère personnel du droit, en l'opposant nettement au droit réel, mais fausse quelque peu l'analyse de sa structure.

78. — Comment est-ce possible ? Le lien entre l'accessoire et le principal tient au but assigné à l'accessoire. Cela signifie que le sujet du droit — qui est l'homme et non la chose — tire certains services de l'objet du droit. Mais, de ces services, il ne profite pas directement. Il les applique à la chose principale. Et ce n'est qu'en exploitant cette chose, dont le rendement se trouve accru, que les services tirés de l'objet du droit sont indirectement perçus. Dans le fonctionnement pratique du droit, la chose principale s'intercale entre le sujet et l'objet. Le sujet du droit exerce directement ses prérogatives sur l'objet, mais il n'en reçoit pas directement le profit ; il lui faut passer par la chose principale.

Cette remarque est importante, car elle montre que reconnaître l'existence d'un rapport d'accessoire à principal n'est pas assimiler le droit à une chose.

79. — D'ailleurs, ceci ne veut pas dire que la situation d'un « droit accessoire » soit radicalement différente de celle d'une « chose accessoire ». En effet, il faut analyser un peu plus précisément le rapport existant entre une chose principale et une chose accessoire. La chose accessoire est parfaitement individualisée et ne se confond pas avec la chose principale. Le harnais est complètement distinct du cheval, comme la roue de secours ne s'identifie pas à l'automobile... Et c'est normal, puisque le rapport d'accessoire à principal dérive de leur destination, c'est-à-dire concerne leur utilité. Or, les choses ne présentent d'utilité que par rapport à l'homme, que pour l'homme. Et le lien entre l'homme et la chose, qui permet d'en saisir l'utilité, c'est le droit. Dire qu'une chose est affectée au profit d'une autre ne concerne pas sa matérialité, mais signifie que lorsque le propriétaire de la chose accessoire exerce son droit, il n'en perçoit pas directement le bénéfice. La chose principale s'interpose entre le sujet et l'objet du droit de propriété sur la chose accessoire, en recueillant le bénéfice immédiat de l'exercice du droit. On retrouve le même schéma que pour les « droits accessoires ». Et cela n'a rien d'étonnant. Nous avons noté que, par l'affectation, l'utilité de la chose principale est accrue par le « potentiel de services » que représente la chose accessoire. Or ce « potentiel de services » est saisi par la propriété. C'est par l'intermédiaire du *droit* de propriété que s'effectue le rapprochement entre les deux choses.

80. — Il faut d'ailleurs aller plus loin : le titulaire du droit accessoire n'en peut recueillir l'émolument qu'au travers de la chose principale. Mais on ne peut accéder à la chose qu'en exerçant sur elle une certaine maîtrise, c'est-à-dire en usant de certaines prérogatives du droit de propriété sur cette chose. Si bien qu'en définitive, le rapport d'accessoire à principal relie le droit accessoire au droit de propriété sur la chose principale.

On rejoint alors, par l'analyse de l'accessoire, la solution à

laquelle on aboutit en prenant l'examen du principal pour point de départ : l'affectation a lieu « au profit de la chose principale » et en accroît l'utilité, mais l'utilité d'une chose ne peut être saisie que par le droit qui porte sur elle. Et que l'efficacité de la chose soit accrue ne profite pas, à proprement parler, à la chose elle-même, mais à son propriétaire. Au-delà de la chose principale, c'est le droit de propriété sur cette chose qu'il faut considérer. Mais pas plus que la chose — objet de ce droit de propriété — n'est matériellement augmentée, le droit de propriété lui-même ne peut être étendu dans son contenu par la destination assignée à l'accessoire. Par définition, la propriété confère les prérogatives les plus complètes et se trouve à cet égard insusceptible d'extension. Mais l'efficacité de ce droit pour son titulaire est renforcée : le propriétaire tire de sa chose, grâce à l'affectation dont l'accessoire est l'objet, un profit plus grand qui inclut l'utilisation de l'accessoire.

Ainsi, partis de l'idée que le rapport d'accessoire à principal concernait les objets de droits, nous sommes arrivés à reconnaître qu'il se retrouve aussi au niveau des droits eux-mêmes. L'affectation apparaît comme un mode particulier d'utilisation du droit, et il n'existe pas de différence profonde à cet égard entre les « choses accessoires » et les « droits accessoires ».

Mais en est-il de même si l'on envisage l'autre source d'accessoire ?

b) La « production ».

81. — Lorsqu'on parle des « droits accessoires d'une chose », il n'est généralement fait allusion qu'à l'affectation d'un droit au profit d'une chose. Mais le rapprochement des mots paraît a priori tout aussi choquant quelle que soit la source du rapport d'accessoire à principal. On voit assez bien une chose donner naissance à une autre chose et lui fournir un support matériel. Mais comment un droit pourrait-il se détacher d'une chose ?

L'accessoire s'ajoute au principal. Aussi, tant qu'ils sont unis, l'ensemble des deux biens présente évidemment une utilité supérieure à celle de la chose principale seule.

Or, un droit représente un potentiel de services. Économiquement parlant, il est aussi un bien. Si un droit nouveau apparaît, qui porte sur la chose principale et permette d'en tirer certains services supplémentaires, c'est un bien nouveau qui se détache de la chose principale et dont l'utilité s'ajoute à celle que présentait initialement celle-ci.

S'agissant de l'affectation d'un droit au profit de la chose principale, on était tenté de faire de cette chose le sujet du droit accessoire, dans la mesure où tout le profit économique paraissait réservé à la chose principale. Ici, une telle confusion n'est pas à craindre, puisque, poursuivant un but qui lui est propre, l'accessoire n'est

pas destiné au service du principal. Mais il semble que dire qu'un droit nouveau apparaît à partir de la chose principale signifie que cette chose constitue l'*objet* du droit accessoire. Greffé sur une base matérielle inchangée, ce droit semble en effet tirer un parti supplémentaire de la chose en ajoutant à son but principal un but nouveau.

Une telle proposition est inexacte : elle reviendrait à admettre, en effet, qu'une chose unique — la chose principale — est l'objet de deux droits distincts : la propriété, qui en saisit les utilités « normales » et le droit accessoire qui en saisit une utilité nouvelle qu'il isole. Or, la propriété englobe complètement son objet et permet d'en tirer *tous* les services qu'il est susceptible de fournir. Dès lors, il n'est pas possible de distinguer un droit nouveau qui ne soit pas déjà compris dans la propriété, s'il n'a un objet distinct.

C'est ainsi que l'on ne peut considérer comme des accessoires passifs les droits réels portant sur la chose. On serait tenté pourtant d'y voir une charge accessoire, « s'ajoutant », au sens algébrique du terme, au principal. Mais « si c'est la chose qui doit, personne ne doit, pas même le propriétaire du bien grevé. Et comme, évidemment, les choses ne peuvent être tenues de dettes ou d'obligations, cette dette de la chose désigne en réalité la charge qui grève la chose, c'est-à-dire l'amputation plus ou moins considérable, plus ou moins durable, dont est atteinte la propriété de la chose¹⁸⁰ ». Il s'opère un « démembrement » de la propriété¹⁸¹, dont une fraction est attribuée au titulaire du droit réel. Dès lors, si l'acquéreur de la chose principale est obligé de supporter le droit réel concédé à un tiers sur la chose acquise, c'est qu'il n'a acquis de son vendeur qu'une propriété amputée de ce droit, qu'il doit, comme tout le monde, respecter, puisqu'un droit réel est opposable à tous. Si l'acquéreur du fonds servant doit subir la servitude, c'est par l'effet de la règle *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, mais il n'est pas question d'accessoire.

En réalité, pour qu'un droit accessoire — actif ou passif — s'ajoute à la chose principale, il faudrait d'abord que le droit de propriété sur cette chose demeurât intact. Alors seulement un droit nouveau serait apparu. Mais, comme la propriété « absorbe » la chose, l'épouse complètement, un droit nouveau ne pourra naître que si un objet nouveau se dégage.

180. J. Dabin, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 41.

181. Démembrement étant entendu au sens d'amputation. Sans doute, au cas de servitude de passage, par exemple, le propriétaire du fonds servant conserve lui-même le droit de passer sur son fonds. Mais « le droit du propriétaire est amputé quand il a perdu soit la plénitude des pouvoirs sur la chose, soit pareillement l'exclusivité de ces pouvoirs » (J. Dabin, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 30 note 1). — Cf. J. Derruppé, *La nature juridique du droit du preneur à bail*, thèse, Toulouse, 1951, n° 288.

82. — Mais, n'est-ce pas d'avance ruiner la possibilité d'un rapport d'accessoire à principal, en posant comme condition l'indépendance totale du droit par rapport à la chose ?

Ce n'est pas certain : s'agissant de choses accessoires d'une autre chose, il est clair qu'il ne se produit pas un simple accroissement de la chose principale dans son volume ou son étendue. Voir dans l'ensemble principal-accessoire un objet matériel unique est un peu sommaire. Malgré le lien matériel qui les unit à la chose frugifère, les fruits pendants sont parfaitement individualisés et ne se confondent pas avec elle. C'est si vrai qu'ils en peuvent être détachés à tout moment sans que la substance de la chose productrice en soit altérée. Et s'il est évident que l'ensemble des deux biens présente une utilité supérieure à celle de la chose principale seule, il ne faut pas oublier que les deux choses ont chacune une destination propre. Il est par conséquent douteux que l'on puisse ainsi additionner deux utilités qui ne s'apprécient pas au regard du même but. Mais, ce qui est certain, c'est qu'en se prêtant au rôle de support, la chose principale fournit un service nouveau, service qu'elle ne peut procurer que s'il y a un accessoire. Elle présente alors une utilité supplémentaire qui est de permettre l'existence de ce bien nouveau qu'est l'accessoire.

Le lien de dépendance entre l'accessoire et le principal n'implique pas entre eux une confusion matérielle.

De la même manière, on peut concevoir qu'un droit ait besoin du secours d'une chose principale qui, de son côté, en lui prêtant son support, offre un surcroît d'utilité, sans pour autant que le droit accessoire ait la chose principale pour objet. On peut trouver des exemples d'une telle situation.

83. — Voici un auteur qui a cédé son manuscrit, un artiste qui a vendu le tableau ou la statue qu'il vient de créer. Ces œuvres sont susceptibles d'être reproduites et le droit de reproduction et de diffusion présente un intérêt pécuniaire.

— Tant qu'on ne voit dans le manuscrit ou le tableau qu'un objet de droit unique, le droit de reproduction est inclus dans la propriété de l'écrit ou de la toile : reproduire l'œuvre est une manière parmi d'autres de tirer de la chose les utilités qu'elle comporte. C'est un aspect de l'*usus* et du *fructus* conférés à l'acquéreur. Il n'est pas question d'accessoire¹⁸².

182. « Ce n'est pas seulement une toile peinte qu'on achète, simple ornement de galerie, et que le peintre pourra reproduire aussitôt sous une autre forme : C'est la jouissance exclusive du tableau, avec le droit d'en tirer tous les genres d'utilité qui s'y rattachent » (rapport du conseiller Ménard devant les Ch. Réun., 27 mai 1842, *D.P.*, 1842, 1, 302). « La loi s'occupe des biens, de leur propriété et des différentes modifications de cette propriété, de *rerum divisione et acquirendo ipsarum dominio*. Elle ne s'occupe pas de la propriété des sylphes et des êtres imaginaires. Il est bien vrai qu'il y a des droits incorporels, mais à condi-

— Mais c'est ignorer que l'œuvre littéraire ou artistique est une création de l'esprit. On rappelle souvent à cet égard la formule qu'employait Le Chapelier dans son rapport sur la loi de 1791 : « La plus sacrée... la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage, fruit de la *pensée* d'un écrivain... » Or la propriété ne s'applique qu'aux choses. Elle n'a aucune prise dans le domaine intellectuel et c'est pourquoi l'expression de « propriété littéraire et artistique » est critiquée en raison de la confusion qu'elle risque d'engendrer¹⁸³. D'autre part, il n'est pas douteux que le droit de reproduction n'entre pas dans l'usage et la jouissance de la chose matérielle, écrit, tableau ou statue, mais ressortit à l'aspect intellectuel de la création, puisqu'il s'agit précisément de diffuser l'idée de l'auteur ou de l'artiste.

Un objet de droit nouveau — l'idée — a été dégagé. Tout en laissant intact le droit de propriété sur la chose, un droit sur l'idée est apparu. Mais, pour être communiquée à autrui, l'idée a dû s'informe dans la matière. Et on ne peut reproduire l'œuvre intellectuelle que sous sa forme matérielle. On comprend qu'on ait pu considérer longtemps que le droit de reproduction d'une création littéraire ou artistique était un droit accessoire, devant son existence à l'objet corporel grâce auquel l'idée s'est manifestée¹⁸⁴.

84. — Mais ce sont surtout des accessoires passifs que l'on verra se dégager du principal. L'activité d'une personne est évidemment un objet de droit qui ne se confond pas avec la chose principale elle-même. Mais cette activité, parfois, n'est possible qu'à partir de la chose.

C'est le cas des obligations *propter rem*.

C'est aussi le cas de certaines obligations personnelles : L'obligation du propriétaire d'un immeuble qui s'est engagé à ne pas installer sur son fonds un commerce ou une industrie et à habiter bourgeoisement sa maison¹⁸⁵ apparaît liée à l'immeuble lui-même ; le directeur d'une entreprise de spectacles qui s'engage à s'adresser à un fournisseur déterminé pour l'éclairage de son théâtre¹⁸⁶, ne

tion qu'il existe un droit corporel auquel ils s'appliquent... N'oublions pas non plus qu'il est de l'essence du droit de propriété d'être privatif, c'est-à-dire de s'exercer à l'exclusion de tous autres. Toutes les fois donc qu'on a le plein droit de propriété sur une chose et que rien n'en a été détaché, le propriétaire peut contester à qui que ce soit, défendre à tous autres de venir en partager la jouissance... Si (le peintre) vend le tableau tel qu'il est, sans réserver aucun des divers droits attachés à la possession du tableau, alors il n'a plus rien à prétendre, car il n'a rien retenu... » (Conclusions du procureur général Dupin — même référence).

183. Cf. H. Desbois, *Encyclopédie Dalloz*, V^o Propriété littéraire et artistique, n^{os} 2 s.

184. Sur l'évolution du droit positif sur cette question, voir *infra*, n^o 96.

185. 1^{re} Civ., 10 mars 1965, *J.C.P.*, 1965, II, 14202, note Ch. Blaevoet.

186. Req. 16 juillet 1889, *D.*, 1890, I, 440.

peut exécuter son obligation s'il a cédé l'établissement ; lorsqu'un boucher s'engage envers les autres bouchers de la ville à tenir son magasin fermé le dimanche¹⁸⁷ ou qu'un commerçant s'oblige à l'égard d'un concurrent, à limiter l'activité de son commerce à certains articles¹⁸⁸, la dette n'a pas de sens isolée du fonds de commerce.

Et l'on voit bien la différence entre ces hypothèses et celle du droit réel grevant la chose. Ici, le droit de propriété sur la chose principale n'est pas démembré, car le cocontractant n'acquiert aucun droit direct sur cette chose. La propriété reste intacte. Mais il s'y *ajoute* un accessoire passif, une charge qui porte sur un objet nouveau : l'activité du débiteur¹⁸⁹. Si, par conséquent, l'acquéreur de la chose principale devait subir cette charge, ce ne serait pas parce qu'un droit de propriété amputé lui aurait été transmis, mais bien parce que l'accessoire aurait suivi le sort du principal.

85. — Le droit confère à son titulaire le pouvoir de tirer certains services de son objet. Or, cet objet se trouve placé dans une position telle que ces services ne peuvent être obtenus directement sans atteindre la chose principale.

Dans l'affectation, les prérogatives que confère de droit sont exercées directement par le titulaire, mais elles ne lui profitent qu'indirectement, lorsqu'il exploite la chose principale. Ici, les prérogatives du droit accessoire profitent directement au sujet, mais elles ne peuvent être exercées qu'indirectement, en utilisant la chose principale.

Dans l'affectation, le rapprochement de l'objet du droit accessoire et de la chose principale s'opère par l'intermédiaire du droit lui-même. Dans la « production », le lien entre la chose et l'objet du droit accessoire s'impose de lui-même et c'est à partir de ce lien que le droit accessoire se rattache à la chose principale¹⁹⁰.

187. Dijon, 15 janvier 1908, *D.*, 1911, 2, 128.

188. Paris, 13 novembre 1883, *S.*, 1884, 2, 40 ; *P.* 1884, 220.

189. La différence n'est cependant pas admise par tous. Pour M. Ginossar (*op. cit.*, p. 89 s.). Les droits réels sur la chose d'autrui entrent dans la catégorie des créances. De même que le droit personnel correspond à une obligation personnelle à la charge d'une personne nommément désignée, le droit réel correspond à une obligation réelle, pesant sur le propriétaire de la chose grevée, en cette qualité. Dans une telle optique, le passage de l'une à l'autre catégorie n'est pas insurmontable et l'on pourrait assez facilement voir dans les exemples de dettes liées à une chose des hypothèses d'obligations réelles. — Mais cette théorie est critiquée : Le propriétaire de la chose grevée d'un droit réel n'est tenu, hors quelques cas exceptionnels, que d'une obligation d'abstention (J. Dabin, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 36 s.). Il est alors dans la même situation que n'importe quel tiers, le droit réel étant opposable à tous. L'aspect passif du droit réel n'est pas une obligation du propriétaire de la chose grevée, mais une amputation de son droit de propriété sur cette chose.

190. Et l'on comprend que l'on ait alors tendance à considérer ici

Naturellement, la relation avec la chose principale implique un rapport avec le droit de propriété sur cette chose. Dire qu'on ne peut atteindre l'objet du droit accessoire sans passer par la chose principale signifie qu'il faut exercer certains pouvoirs sur cette chose. De telle sorte que la propriété de la chose principale s'interpose entre le sujet et l'objet du droit accessoire. Et ceci correspond exactement à la vraie place de la chose principale¹⁹¹. Nous avons vu qu'en jouant le rôle de support, la chose principale présentait une utilité supplémentaire. Or, toutes les utilités de la chose, y compris celle-là, sont englobées dans le droit de propriété. Utiliser le droit accessoire suppose que l'on saisit cette utilité particulière de la chose principale, donc que l'on exerce, au moins partiellement, le droit de propriété sur cette chose.

86. — Il est clair que cette analyse ne s'applique pas seulement aux droits accessoires, mais vise aussi les choses accessoires : si, par commodité de langage, on fait souvent abstraction du droit de propriété, pour ne voir que la chose, simplification légitime puisque le droit s'adapte alors parfaitement à la chose, au point de paraître se confondre avec elle, le droit de propriété se distingue cependant de son objet.

Or, dans la « production », la chose principale et la chose accessoire sont généralement liées. Elles n'en sont pas moins distinctes. L'accessoire est individualisé et ne forme pas avec la chose principale un objet unique. Dès lors, il n'y a pas *un* droit de propriété, portant sur un bien complexe, mais *deux* droits de propriété, l'un ayant pour objet le principal, l'autre l'accessoire.

Seulement, la position de ces choses est telle que le droit de propriété sur la chose accessoire ne permet pas de tirer directement de son objet les services qu'il peut fournir : pour atteindre la chose accessoire, il faut passer par la chose principale. L'existence même de la chose accessoire est une des utilités de la chose principale. On ne peut donc user de la chose accessoire sans user, au moins partiellement, de la chose principale.

En définitive, pas plus que pour l'affectation, il n'y a ici de différence profonde entre ce que l'on appelle les « droits accessoires » et les « choses accessoires » d'une chose.

Doit-on refuser d'appliquer la maxime *accessorium sequitur principale* aux « droits accessoires d'une choses » et limiter le domaine de l'article 1615 aux « choses accessoires » ? Il est maintenant possible de conclure sur ce point.

que la chose principale est objet du droit accessoire, puisqu'elle s'interpose au moment où le titulaire du droit entend exercer ses prérogatives sur l'objet, tandis que dans l'affectation, on est tenté de faire de la chose principale le sujet du droit accessoire parce qu'elle fait écran au moment où le bénéfice de l'exercice du droit doit revenir au sujet.

191. *Supra*, n° 82.

*
* *

87. — Au départ, nous avons relevé la position d'Aubry et Rau : « le successeur particulier jouit de tous les droits et actions que son auteur avait acquis dans l'intérêt direct de la chose... c'est-à-dire des droits et actions qui se sont identifiés avec cette chose, comme qualités actives ou qui en sont devenus les accessoires ¹⁹² ». A propos des dettes, leur solution est d'ailleurs symétrique : l'ayant-cause est tenu des obligations qui ont « eu pour effet de restreindre ou de modifier le droit transmis ¹⁹³ ».

A ces auteurs, M. Rodière objecte qu'« ils supposent qu'un droit peut être attaché à une chose, ce qui paraît monstrueux ¹⁹⁴ ».

De l'analyse qui vient d'être faite, il ressort que les deux attitudes sont exactes si l'on admet qu'elles sont prises en n'envisageant pas la question sous le même angle :

— Si l'on se place au point de vue des *résultats économiques* du rapport d'accessoire à principal, il est bien vrai que l'affectation de l'accessoire au profit du principal augmente l'utilité de cette chose, qui présente ainsi de nouvelles « qualités actives », tandis qu'une dette accessoire « s'ajoutant » au principal restreint l'utilité que la chose procure à son propriétaire.

— Mais si l'on se place sur le plan de l'*analyse juridique* du rapport d'accessoire à principal, il est indéniable qu'un droit ne peut être assimilé à une chose.

Est-ce à dire qu'il serait « monstrueux » d'admettre qu'un droit est accessoire d'une chose ?

Sans doute, si c'était par là identifier l'accessoire au principal. Mais ceci vaut aussi bien pour les choses accessoires qui ne se confondent pas davantage avec la chose principale. L'accessoire, quel qu'il soit, est individualisé et il ne peut être question de l'absorber dans le principal.

Y aurait-il alors un obstacle propre aux droits, qui interdise d'y voir des accessoires ?

Certainement, si le rapport d'accessoire à principal impliquait que la chose devint sujet du droit. Il serait en particulier « monstrueux » que la chose soit titulaire d'un droit de créance, car l'homme ne peut en aucune façon être soumis à une chose.

Certainement encore, si le rapport d'accessoire à principal conduisait à confondre l'objet du droit accessoire avec la chose principale. Il serait en particulier « monstrueux » que l'activité du débiteur ne se distingue pas d'une chose, ce qui conduirait, à la limite, à faire de cette personne un objet de propriété !

Mais, dire qu'on ne peut pratiquement exercer un droit, ou en

192. II, § 176.

193. II, § 176 bis 1°.

194. J.C.P., 1955, II, 8548.

percevoir les avantages, sans passer par l'intermédiaire de l'exercice d'un autre droit, n'a rien de choquant.

En réalité, cette discussion a pour origine une terminologie imprécise qui confond deux plans distincts sur lesquels se manifeste le rapport d'accessoire à principal :

— Si l'on envisage les objets de droits, on constate que certaines choses n'existent que grâce au support d'autres choses, que certaines choses sont destinées au service d'autres choses. Certaines activités d'un débiteur, faisant l'objet de droits de créance, peuvent servir à améliorer une chose et, parfois, l'activité promise au créancier ne se conçoit qu'à partir d'une chose déterminée à laquelle elle s'applique. A ce point de vue, il est exact de dire qu'une chose est accessoire d'une autre chose. Mais il n'est pas correct de parler d'un *droit* accessoire d'une chose : il faut rester sur le plan des objets de droit et on peut seulement voir un rapport d'accessoire à principal entre une certaine activité d'une personne et une chose.

— Faire allusion à un « droit accessoire » est se placer au niveau des droits et non des objets de droits. Un droit est accessoire lorsqu'il faut, pour en obtenir des résultats pratiques, faire le détour par la mise en œuvre d'un *autre droit*. A ce niveau, il ne saurait être question de choses principales et accessoires. Mais on dira qu'un droit réel est accessoire d'un autre droit réel¹⁹⁵, qu'un droit réel est accessoire d'un droit personnel¹⁹⁶, ou qu'un droit personnel est accessoire d'un droit réel¹⁹⁷.

La confusion entre les deux points de vue s'explique par l'habituelle identification du droit de propriété avec son objet. La « chose transmise » s'entend couramment aussi bien de l'objet du droit de propriété que de ce droit lui-même. Il reste néanmoins qu'une langue précise devrait nettement distinguer le droit de son objet.

Or, « les « accessoires » de l'article 1615 concernent la chose et non le droit¹⁹⁸ », la forme du texte ne permet guère d'en douter. Et il vise manifestement les choses objets de droit. Est-ce à dire que lorsqu'un droit est accessoire de la propriété d'une chose, le transfert de cette propriété à un acquéreur est sans aucune incidence sur le sort du droit accessoire ? Nous ne le pensons pas. Les rédacteurs du Code civil ont abordé la question de façon concrète, en voyant dans la vente la transmission d'une chose plus que celle d'un droit. Mais en écrivant la même règle à propos des créances, à l'article 1692, ils ont envisagé le rapport d'accessoire à principal au niveau des droits... En réalité, l'idée qui domine la matière est que

195. Le droit de propriété sur une chose, accessoire du droit de propriété sur une autre chose ; le droit réel de servitude, accessoire du droit de propriété sur le fonds servant...

196. L'hypothèque, droit réel, accessoire d'une créance...

197. Une créance ou une dette, accessoire du droit de propriété sur une chose.

198. R. Rodière, *J.C.P.*, 1955, II, 8548.

l'accessoire doit suivre le sort du principal. Il serait artificiel de se fonder sur la lettre de l'article 1615 pour restreindre la portée de la règle de l'accessoire.

Nous pensons avoir assez montré qu'il n'y a pas d'obstacle à reconnaître qu'un droit peut être accessoire d'une chose, sauf à redresser la terminologie en parlant de droit, réel ou personnel, accessoire *de la propriété* d'une chose. Il n'y a donc pas a priori de raison d'adopter une conception particulièrement restrictive du domaine de la règle de l'accessoire.

Il reste à expliquer comment celle-ci fonctionne. On ne saurait, en effet, se contenter de constater que des textes consacrent la maxime *accessorium sequitur principale* et qu'une fois déterminés les accessoires visés, tout est résolu par le Code civil. Non seulement la loi se borne à donner des solutions brutes sans exposer par quelle voie technique elles sont atteintes, mais on s'accorde à voir dans les articles 1018, 1615... etc. l'expression fragmentaire d'une règle générale qu'il faut bien aborder de front lorsqu'on ne peut plus se réfugier derrière un texte précis.

La simple constatation de l'existence d'un rapport d'accessoire à principal suffit à montrer *pourquoi* l'accessoire a vocation à suivre le sort du principal. Il faut maintenant examiner *comment* il peut le faire.

§ 2. — Le fonctionnement technique de la règle de l'accessoire.

88. — Pour justifier une règle telle que celle de l'article 1615, on se contente souvent de dire qu'elle est une application de la maxime *accessorium sequitur principale*. C'est exact mais certainement insuffisant si l'on entend par là donner une explication technique de la solution.

Il faut même dénoncer le danger d'une telle référence verbale. Le risque est grand en effet de considérer que la règle de l'accessoire est donnée par la « nature des choses ». Autrement dit, on laisse entendre qu'il existe une sorte d'osmose entre le principal et l'accessoire et qu'il suffit de constater la réalité pour s'apercevoir que le principal communique à l'accessoire sa propre condition juridique : la propriété du principal entraîne, par reflet, la propriété de l'accessoire, l'hypothèque portant sur l'immeuble principal s'étend aux accessoires...

Cette conception est manifestement excessive. Sans doute, *une fois que la maxime « accessorium sequitur principale » a joué*, peut-on constater un certain alignement du régime de l'accessoire sur celui du principal. Mais c'est là le résultat du fonctionnement d'une règle juridique. Rien dans l'analyse du rapport d'accessoire à principal ne permet de justifier cette assimilation directe de l'accessoire au principal. Au contraire, on a vu que s'il était rationnel de décider que l'accessoire devait suivre le sort du principal, cette solution ne pouvait se borner à une simple constatation des faits.

Il est inutile d'insister davantage ; la question demeure entière ; il faut déterminer par quelle voie technique s'introduit la règle de l'accessoire.

89. — Nombre d'auteurs considèrent que l'accessoire, s'ajoutant au principal, est englobé dans la propriété de la chose principale. La vente ou le legs opérant transfert de cette propriété, l'acquéreur ou le légataire serait par là même investi des droits du vendeur ou du testateur sur l'accessoire. C'est l'idée que l'ensemble principal — accessoire forme un objet complexe unique qui serait naturellement transmis par le même acte.

On remarquera que, dans cette optique, il est assez délicat d'expliquer que l'hypothèque portant sur le principal s'étende à des améliorations survenues à l'immeuble postérieurement à la constitution de la sûreté. Il paraît assez simple de comprendre dans le même acte le principal et les accessoires existants au moment de cet acte. Mais des accessoires apparus ultérieurement ne peuvent, en principe, être atteints par cet acte. Pour qu'en venant se ranger aux côtés du principal ils soient l'objet des mêmes droits, ne faut-il pas revenir à la formule d'une communication directe du régime du principal à l'accessoire ?

Surtout, faire du principal et de l'accessoire un seul objet complexe ne convient pas en présence de « droits accessoires d'une chose ». On ne peut prendre à la lettre la formule d'Aubry et Rau selon laquelle sont transmis à l'acquéreur de la chose principale « les droits et actions... qui se sont identifiés avec elle ». Un droit ou une action ne s'identifie pas à une chose. Et l'on comprend que M. Rodière proteste contre une telle explication de la transmission d'un droit accessoire à l'acquéreur du principal.

Il faut même aller plus loin. L'éminent auteur affirme : « Lorsque l'article 1615 exprime que « l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires », c'est la chose objet du contrat de vente, la chose dans sa matérialité qu'il désigne... Les « accessoires » de l'article 1615 concernant la chose et non le droit ». Et là, nous ne pouvons le suivre quand il accepte pour la transmission des choses accessoires l'explication qu'il rejette pour les droits accessoires. Cette explication n'est en effet pas plus admissible dans un cas que dans l'autre. La chose accessoire ne forme pas avec la chose principale un objet unique et nous avons assez démontré¹⁹⁹ qu'il n'y avait pas de raison de distinguer entre choses accessoires et droits accessoires. C'est toujours du transfert d'un droit (propriété, droit réel sur la chose d'autrui, créance...) qu'il s'agit. Le rapport d'accessoire à principal n'opère ni accroissement de la chose principale elle-même ni extension du droit de propriété sur cette chose. Si l'accessoire est transmis à l'acquéreur du principal, ce ne peut être

199. *Supra*, n° 79, n° 82.

parce qu'il est inclus dans le transfert de la propriété de la chose principale. Il doit nécessairement faire l'objet d'une transmission parallèle et distincte.

On comprendra aisément que ce soit essentiellement à propos de cette hypothèse de la transmission des « droits accessoires d'une chose » que nous envisagions le mécanisme technique par lequel se réalise la maxime *accessorium sequitur principale*. Non seulement cette situation est la plus délicate et, partant, la plus intéressante, mais elle évite d'elle-même la tentation d'avoir recours aux explications simplistes que nous avons dénoncées. La discussion vaut d'ailleurs pour le problème dans son ensemble puisqu'on ne peut le considérer comme d'ores et déjà résolu pour les « choses accessoires ».

Mais, s'il n'y a pas à isoler les choses accessoires des droits accessoires, nous avons reconnu que les accessoires pouvaient être aussi bien passifs qu'actifs. Or, le transfert d'une charge est a priori une opération plus délicate et c'est pourquoi il est préférable d'envisager d'abord exclusivement le sort des accessoires actifs.

A. — Les accessoires actifs

90. — Par hypothèse, un contrat de vente a été conclu entre le propriétaire de la chose principale et l'acquéreur. Or, rien n'a été dit au sujet des accessoires. Ils devraient continuer à bénéficier au vendeur. Mais d'un autre côté, l'« usage » des droits du vendeur sur ces accessoires n'est plus possible une fois qu'il a complètement perdu sa propriété sur la chose principale. Un principe d'élémentaire économie veut que la vente ne stérilise pas définitivement l'utilité des accessoires.

a) On peut rechercher la solution du côté de l'autonomie de la volonté.

Le transfert de la propriété de la chose principale a sa source dans un accord de volontés des parties. Or, des hommes raisonnables aménagent leurs rapports en respectant des règles de bon sens telles que celle qui consiste à éviter l'inutile paralysie d'un droit. On peut donc *présumer* que les parties ont entendu céder les accessoires à l'acquéreur en même temps qu'elles ont voulu lui transmettre la propriété de la chose principale. La règle de l'accessoire n'opère pas par elle-même le transfert. Elle n'est qu'une maxime d'interprétation de la volonté, qui permet de découvrir une convention tacite que, logiquement, les parties ont dû passer.

Cette solution justifie aisément la transmission des « choses accessoires ». Il ne s'agit en somme que de préciser, au moyen d'une présomption, la portée que les parties ont voulu donner au contrat de vente. On remarquera seulement que pour être exact il faut dire que les parties ont vendu et acheté le principal *et* les

accessoires, et non un ensemble formé du principal augmenté des accessoires.

De la même manière, on pourra présumer qu'à la vente du fonds dominant, les parties ont voulu joindre la cession des servitudes actives²⁰⁰.

Ces hypothèses ne soulèvent aucune difficulté parce qu'il s'agit de transmettre à l'acquéreur des droits réels : propriété du principal et propriété des accessoires, propriété du fonds dominant et servitudes... Or un droit réel est, par définition, opposable à tous. Que la personne du titulaire change ne modifie en rien la situation des tiers à l'acte de vente. Et l'on comprend qu'il suffise d'un acte intéressant exclusivement les deux parties, le vendeur et l'acquéreur, pour mettre l'acheteur à la place de son auteur.

La situation est un peu plus délicate s'il s'agit d'un droit de créance, car ce droit intéresse directement quelqu'un qui n'est pas partie à l'acte de vente : le débiteur. L'obstacle vient de l'article 1165 du Code civil : « Les conventions n'ont d'effets qu'entre les parties ; elles ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans les cas prévus par l'article 1121 ». Malgré les atteintes qu'il a pu subir²⁰¹, le principe de la relativité des contrats semble bien s'opposer à ce que l'acquéreur de la chose principale invoque un droit personnel né d'un contrat passé par son vendeur.

L'obstacle n'est pas insurmontable.

91. — Un créancier peut transmettre son droit au moyen d'une cession de créance, passée dans les termes que l'article 1690 C. civ. Si une telle cession est explicitée par les parties, il n'y a aucune difficulté : deux contrats ont été passés, la vente du principal et une cession de créance accessoire.

Si les parties n'ont rien dit, on présumera qu'elles ont cependant voulu réaliser une telle opération, parce qu'il est logique que l'accessoire suive le sort du principal²⁰². Cette solution est admise par une partie importante de la doctrine²⁰³.

200. Cf. L. Mourgeon, note sous Aix, 16 mars 1965, *J.C.P.*, 1966, II, 14570.

201. R. Savatier, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *Rev. Trim. Dr. Civ.* : 1934, 526. — A. Weill, *Le principe de la relativité des conventions*, thèse, Strasbourg, 1938. — S. Calastreing, *La relativité des conventions*, thèse, Toulouse, 1939.

202. « Pour expliquer comment le bénéfice de la stipulation passe à l'ayant-cause à titre particulier, on considère comme sous-entendue une cession que le stipulant ferait à cet ayant-cause ; en d'autres termes, on invoque une présomption de cession de créance et on fonde cette présomption sur ce que la stipulation ne peut plus servir à celui qui l'a faite, tandis qu'elle peut être utile à son ayant-cause. » — Mais, objecte-t-on, « Il est facile de démontrer l'inexactitude de ce point de vue. Il ne pourrait être question ici que d'une présomption légale, c'est-à-dire d'une présomption établie sur un texte formel. Or celle que l'on nous oppose n'est consacrée par aucun texte. » (Baudry-Lacantinerie et Barde, *des*

On peut cependant se demander s'il n'y pas un obstacle technique résidant dans les exigences de l'article 1690. Puisque les parties n'ont rien dit concernant la transmission du droit accessoire, le débiteur n'a évidemment pas reçu signification du transport de la créance à l'acquéreur, pas plus qu'il n'a pu accepter la cession dans un acte authentique.

Ce n'est sans doute pas suffisant pour rejeter la solution²⁰⁴.

Selon l'interprétation de la jurisprudence, « le défaut d'accomplissement de ces formalités ne rend pas le cessionnaire irrecevable à réclamer du débiteur cédé l'exécution de son obligation, quand cette exécution n'est susceptible de faire grief à aucun droit advenu depuis la naissance de la créance soit audit débiteur cédé, soit à une autre personne étrangère à la cession²⁰⁵ ». Et telle paraît bien être la situation ici.

On peut d'ailleurs ajouter que, dans la mesure où les formalités de l'article 1690 jouent le rôle de moyens de publicité, le lien existant entre la créance et la chose vendue peut remplir le même office. Le transfert de la propriété de la chose principale est généralement rendu public par le changement dans la possession ou par des formalités de publicité. Par contre-coup, le sort de la créance serait connu.

L'assouplissement de l'article 1690 correspond à l'attitude générale de réaction des juges contre les mécanismes rigides inscrits dans la loi²⁰⁶. Mais il est tout de même possible d'éprouver quelque gêne à escamoter ainsi la difficulté. C'est peut-être pourquoï une autre explication a été recherchée.

92. — Au lieu de découvrir une cession de créance tacite, on

obligations, éd. 1906, I, n° 225.) L'objection n'est peut-être pas déterminante : C'est la règle logique *accessorium sequitur principale* qui fonde cette présomption. Et s'il est besoin d'un texte, on peut invoquer l'article 1615, qui est la traduction de la maxime.

203. Planiol et Ripert par Hamel X n° 138 ; Guillouard, *Traité du contrat de louage*, II, n° 867 ; Demante et Colmet de Santerre, *Cours de code Napoléon*, éd. 1865, V, p. 46 ; Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 763 ; R. Rodière, *J.C.P.*, 1955, II, 8548 précité ; B. Gross, thèse, n° 192.

204. Cf. note anonyme sous Paris, 11 janvier 1906, *D.P.*, 1907, 2, 391 ; C. Lapp, *Essai sur la cession du contrat synallagmatique*, thèse, Strasbourg, 1950, n° 61.

205. Civ., 4 mars 1931, *D.*, 1933, 1, 73, note Radouant.

206. J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Mélanges Ripert*. — *Le droit privé français au milieu du vingtième siècle*, t. I, p. 93 s.

207. Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 753 ; Laborde-Lacoste, *Essai sur la notion d'ayant-cause à titre particulier*, p. 23.

208. J. Lépargneur, « De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs au bien transmis », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1924, p. 481 s. ; L. Mourgeon, thèse ; A. Weill, thèse ; J.-H. du Garreau de la Méchenie, « La vocation de l'ayant-cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1944, p. 219 s.

présuamera que, lors de la naissance de la créance, il a été réalisé une stipulation pour autrui en faveur de l'acquéreur éventuel de la chose principale. On invoque à l'appui de cette présomption l'article 1122 C. civ., aux termes duquel « On est censé avoir stipulé pour soi ou pour ses héritiers et ayants-cause, à moins que le contraire soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ». Alors qu'une doctrine traditionnelle estimait que l'allusion aux ayants cause devait s'entendre des ayants cause à titre universel²⁰⁷, il a été soutenu que le texte visait aussi les ayants cause à titre particulier²⁰⁸ : « Grâce à ce texte, on peut considérer qu'en créant un droit au profit de son immeuble, le stipulant n'a pas agi exclusivement dans un but égoïste. Sans doute, c'est d'abord en vue de son intérêt personnel qu'il a reçu l'engagement du débiteur, mais à titre subsidiaire il a pourvu à l'intérêt de son acquéreur éventuel pour le compte de qui il est censé avoir également stipulé²⁰⁹ ».

Il s'opère un déplacement de la présomption de volonté. Ce n'est plus lors du transfert de la propriété de la chose principale mais dès la naissance de la créance que le passage du bénéfice du droit accessoire à l'acquéreur du principal est censé avoir été envisagé.

Manifestement, cette solution ne réalise pas à proprement parler la maxime *accessorium sequitur principale*²¹⁰. Il n'y a pas exacte-

209. J. Lépargneur, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1924, p. 505.

210. M. Lépargneur s'efforce de dégager son système de la théorie de l'accessoire. Naturellement, il ne saurait être question de faire passer à l'ayant-cause à titre particulier des droits n'ayant aucun rapport avec la chose transmise. Mais parmi les conventions concernant cette chose, M. Lépargneur distingue (*loc. cit.*, p. 500) :

— celles qui ont constitué des droits personnels inhérents à cette chose, qui sont des accessoires et transmises à ce titre à l'acquéreur ;

— celles qui ont créé des droits personnels simplement relatifs au bien transmis, pour lesquels jouerait l'article 1122. (Dans le même sens, L. Mourgeon, thèse, n° 12 ; A. Weill, thèse, n° 506.) Cet effort est inutile :

1° Les droits « inhérents » à la chose ne s'identifient pas avec elle et ne peuvent donc être compris dans le transfert de la propriété de la chose principale.

2° Si l'article 1122 visait des hypothèses que ne permet pas d'atteindre la règle de l'accessoire, il resterait néanmoins une large zone commune : le domaine de l'article 1122 étant plus large, il comprend *a fortiori* les droits accessoires. L'acquéreur de la chose principale ne pourrait donc acquérir en même temps le droit « inhérent à la chose », par accessoire, car il serait déjà bénéficiaire de la stipulation présumée par l'article 1122.

3° La distinction des « droits inhérents à la chose » et des « droits relatifs au bien transmis » manque singulièrement de clarté. Le critère serait le suivant : « Ce qui caractérise un droit accessoire, c'est qu'il ne peut exister sans le droit principal sur lequel il est greffé ; par contre une créance simplement relative à une chose, c'est-à-dire qui a une existence indépendante quoique son exercice ne puisse profiter qu'à la personne investie de la jouissance de la chose, n'est pas un accessoire de celle-ci. » (L. Mourgeon, thèse, n° 11, p. 16 ; dans le même sens A. Weill, thèse, n° 507.) Mais « les droits que peut seul exercer celui qui

ment transfert du droit accessoire à la suite de la transmission de la propriété de la chose principale. Seulement, l'effet de cette stipulation, qui précède la vente du principal, est retardé jusqu'à ce moment. Au point de vue du résultat pratique, ce procédé permet bien à l'acquéreur de la chose principale de bénéficier des droits accessoires de cette chose. Or, c'est tout ce que demande la règle de l'accessoire. Etant donné le rapport d'accessoire à principal unissant le droit à la chose, il est normal que les qualités de titulaire du droit accessoire et de propriétaire de la chose principale soient réunies sur une même tête. Mais peu importe la voie suivie pour atteindre ce but. La maxime *accessorium sequitur principale* n'est pas, par elle-même, un moyen technique procurant ce résultat par sa seule force. Elle n'est qu'une directive d'interprétation de la volonté qui permet de présumer que les intéressés ont voulu faire passer le bénéfice de l'accessoire à l'acquéreur du principal. Mais il faut évidemment présumer que les parties ont entendu employer le procédé juridique convenable. Si la stipulation au profit de l'acquéreur est la méthode la plus adéquate, c'est cette opération qui sera présumée.

Dans cette optique, il est facile de coordonner les articles 1122 et 1615. Ces deux textes peuvent s'appliquer aux mêmes hypothèses²¹¹. Mais ils n'envisagent pas la question sous le même angle parce qu'ils se placent à des moments différents :

— L'article 1615 est la reproduction pure et simple de l'adage *accessorium sequitur principale*. Il exprime un *résultat* qu'il faut obtenir, mais ne dit rien quant à la technique permettant d'atteindre cet objectif.

— L'article 1122, lui, règle ce point et indique le *mécanisme juridique* par lequel peut être satisfaite, pour les créances, la règle de l'accessoire. Il lève les hésitations que l'on pourrait avoir à remonter très loin pour découvrir les volontés tacites et évite de rechercher si les conditions mises par l'article 1121 aux stipulations pour autrui sont remplies : « Dans l'article 1121, en effet, le législateur décide de ne permettre les stipulations pour autrui que sous des conditions assez restrictives, au moins en apparence. Mais aussitôt il croit utile d'ajouter, dans l'article 1122 précisément, qu'il ne faut pas soumettre à ce régime restrictif les stipulations faites au profit des ayants cause universels ou particuliers du stipulant.

jouit de la chose ne sont-ils pas des accessoires de celle-ci par la nature des choses ? » (Planiol et Ripert par P. Esmein, VI, n° 331, p. 454 ; dans le même sens, v. Demogue, VII, n° 604 ; J.H. Du Garreau de la Méchenie, *loc. cit.*, p. 226.) Si l'on admet l'explication fondée sur l'article 1122, elle vaut pour toutes ces hypothèses et il ne faut pas hésiter à éliminer l'idée d'un transfert par accessoire des créances qui se seraient identifiées à la chose (cf. *supra*, n° 89).

211. Ce n'est pas parce que l'article 1615 vise la « délivrance » des accessoires de la chose vendue qu'il serait inapplicable aux créances accessoires : l'article 1689 emploie bien l'expression de délivrance d'une créance.

Non seulement les dispositions de ce genre sont admises par le législateur sans aucune restriction mais il en présume même l'adoption, à titre subsidiaire, dans toutes les stipulations que l'on fait pour soi-même²¹² ».

Cette stipulation implicite permet de justifier que l'acquéreur de la chose principale bénéficie des créances accessoires. La maxime *accessorium sequitur principale* est encore satisfaite par le jeu d'une interprétation de la volonté des parties qui sont censées s'être adaptées au particularisme de la situation en présence de créances accessoires.

Mais il reste que la règle de l'accessoire est alors mise en œuvre par des mécanismes techniques différents selon la nature de l'accessoire dont il s'agit d'assurer la transmission. On peut l'admettre, mais cette solution peut paraître bien compliquée. D'autant plus qu'il est possible de défendre un autre système qui a le mérite de maintenir une plus grande unité dans le jeu de la règle de l'accessoire.

b) Les suites du contrat.

93. — Il faut reconnaître que les explications fondées sur le principe de l'autonomie de la volonté sont bien artificielles. Il est douteux qu'en présumant ainsi des conventions tacites mettant en jeu des mécanismes juridiques précis, on fasse encore œuvre d'interprétation de la volonté des parties. La plupart du temps, si elles n'ont rien dit concernant le mode de transmission des accessoires, si elles sont muettes à propos d'une cession de créance ou d'une stipulation au profit de l'acquéreur, c'est tout simplement parce qu'elles n'ont pas envisagé la question.

En réalité, si une recherche de l'intention a lieu, ce n'est pas à ce niveau qu'elle se situe. C'est au plan de la détermination du rapport d'accessoire à principal, dans la mesure où ce rapport peut dépendre de la volonté individuelle. En particulier on recherchera, en partant d'indices objectifs divers, si l'accessoire a été affecté au service du principal ; si, parce qu'il conserve une certaine utilité envisagé isolément, le vendeur n'a pas entendu le détacher de son support... Mais là se borne le véritable travail d'interprétation de la volonté.

Une fois établi le rapport d'accessoire à principal, invoquer l'interprétation des volontés des parties pour justifier que l'acquéreur du principal bénéficie de l'accessoire paraît n'être plus qu'un prétexte, pour la bonne raison que, le plus souvent, il n'y a rien à interpréter : la transmission de l'accessoire à l'acquéreur n'est pas contraire à la volonté des parties, puisqu'elles ont maintenu le rapport d'accessoire à principal, mais elle ne lui est pas conforme

212. J. Lépagneur, article précité, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1924, p. 490, 491.

non plus, parce qu'elles ne se sont pas préoccupées de ce point. Scruter l'intention des contractants ne permet que de découvrir qu'ils ont voulu céder au bénéfice de l'acheteur la propriété de la chose principale. Et c'est *d'office* que l'on décide que cette cession opère en même temps transfert de l'accessoire.

D'ailleurs la recherche de la volonté des parties n'apparaît pas toujours suffisante au législateur lui-même. « L'article 1135 affirme que la volonté exprimée par les parties n'est pas tout le contrat ²¹³ » lorsqu'il dit : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

Le transfert de l'accessoire est une de ces « suites du contrat attachées du dehors au principe de contrat qui, seul, a fait l'objet du consentement ²¹⁴ ».

Les suites du contrat peuvent avoir leur source dans l'équité, l'usage ou la loi. Et c'est là qu'interviennent les textes qui traduisent la règle de l'accessoire : C'est la loi qui ajoute à la vente cette « suite » qu'est la transmission de l'accessoire ; c'est la loi qui ajoute à la constitution d'hypothèque sur l'immeuble la constitution d'hypothèque sur les accessoires... Mais la « règle de bon sens » *accessorium sequitur princiale* aurait le même rôle et suffirait à déterminer les suites des actes juridiques.

94. — Sans doute est-il encore possible de rattacher la règle de l'article 1135 à la volonté des parties en disant qu'elles ont tacitement consenti à ces « suites » du contrat. Mais ce n'est guère qu'un hommage à l'autonomie de la volonté, sans grande portée. Il faut bien voir qu'avec l'article 1135 l'objet de la recherche de l'interprète se déplace : il ne s'agit plus de scruter l'intention réelle des parties, mais de rechercher objectivement quelles sont les suites du contrat imposées par la loi, les usages ou l'équité. A cette question, la maxime *accessorium sequitur principale* donne une réponse.

L'intérêt de cette solution est qu'il n'y a pas à rechercher — ou à recréer — une volonté juridique précise organisant la transmission de l'accessoire. Il ne s'agit que de déterminer objectivement, en fonction de la situation de fait, quelles sont les conséquences de l'acte passé par les parties. Il n'est plus besoin de faire le détour par de subtiles présomptions de volonté. Les contractants ont mis en mouvement un mécanisme légal qu'on peut seulement, par fidélité à l'autonomie de la volonté, estimer tacitement accepté par les parties, mais qu'elles n'ont en tout cas pas organisé elles-mêmes.

Ici, on peut admettre que, d'office, la loi opère le transfert de l'accessoire à la suite de la vente du principal. Il n'y a pas à rechercher si une cession de créance tacite a pu être réalisée et si les con-

213. Marty et Raynaud, II-1, n° 219, p. 200.

214. J. Carbonnier, *Droit civil*, II, n° 96, p. 330.

ditions en sont remplies. Il suffit de voir que la loi attache certaines conséquences à la vente de la chose principale.

Mais encore faut-il que cette suite du contrat soit conforme à la nature de l'opération réalisée. La vente transmet la propriété de la chose à l'acquéreur. « Peut-être conviendrait-il d'y voir non pas le transfert de la propriété d'un bien, mais le transfert de la qualité de propriétaire²¹⁵ ». En effet la vente opère cession de la propriété. Or l'idée de cession implique substitution du cessionnaire au cédant dans un rapport juridique²¹⁶. Ici, la cession réalise la substitution de l'acquéreur au vendeur dans le rapport juridique qui l'unissaient à la chose, ou plutôt dans les rapports juridiques qui l'unissaient directement et indirectement à la chose : la propriété, mais aussi les droits accessoires. Le jeu de la règle de l'article 1135 est donc légitime puisqu'il ne s'agit que de déterminer la portée que doit avoir l'acte « d'après sa nature ».

95. — Il n'y a donc pas d'obstacle à admettre que l'accessoire suit le sort du principal, même si cet accessoire est en droit de créance.

Seulement, l'explication de la solution dépendra de la conception adoptée à propos du rôle de la volonté et des éléments extérieurs objectifs dans les opérations contractuelles.

— Si l'on considère que dans le contrat tout est volonté, la maxime *accessorium sequitur principale* est une règle d'interprétation de l'intention des parties qui doivent être censées avoir amenagé leurs rapports en fonction du rapport d'accessoire à principal.

— Si l'on accepte d'introduire dans le mécanisme contractuel des éléments objectifs, on admettra que la règle de l'accessoire permet de déterminer une des suites attachées, du dehors, par la loi à l'accord de volontés.

Cette double explication est peut-être une des raisons de l'assez grande incertitude qui règne en jurisprudence en la matière. Un point semble certain : non seulement les « choses accessoires » passent à l'acquéreur du principal, mais lorsqu'un droit, même s'il s'agit d'une créance, apparaît effectivement lié à la propriété d'une chose par un rapport d'accessoire à principal, les tribunaux admettent en général qu'il est transmis à l'acheteur de cette chose²¹⁷.

215. Carbonnier, *Droit civil*, II, n° 143, p. 476.

216. Cf. H.-L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, II, nos 1232 et 1253.

217. V. la jurisprudence citée par J. Lépagneur et J.-H. du Garreau de la Méchenie dans les articles précités, par Marty et Raynaud II-1, n° 239, et *infra*, notes suiv. En sens contraire, on relève des arrêts qui ont statué à propos de créances qui n'étaient pas accessoires parce qu'elles conservaient un intérêt pour le vendeur (par exemple Civ., 12 janvier 1937, *D.H.*, 1937, 99 ; 1^{re} Civ., 10 mars 1965, *J.C.P.*, 1965, II, 14202, note Blaevonet) ou de litiges placés sur un autre terrain, en particulier la question de savoir si le droit transmis était une servitude (par exemple, Req. 8 juillet 1851, *D.P.* 1851, 1, 188 ; Civ., 29 mars 1933, *D.H.*,

Les exemples abondent, qu'il s'agisse du transfert à l'acquéreur d'un fonds de commerce du bénéfice de clauses de non concurrence souscrites par un tiers²¹⁸, du transport à l'acquéreur d'une maison de créances en réparation contre des architectes et entrepreneurs²¹⁹, de la transmission au sous-acquéreur d'un bien du recours en garantie contre le vendeur initial²²⁰... Mais quant au fondement de la solution, les arrêts manquent de netteté. Certains invoquent la règle de l'accessoire²²¹, en transcrivant souvent la formule d'Aubry et Rau, d'autres une cession de créance implicite²²² ou une stipulation en faveur de l'acquéreur²²³. Tenter une synthèse de la jurisprudence paraît assez vain, car les motifs des décisions sont généralement peu précis²²⁴ et peuvent toujours être interprétés de manière à s'insérer dans un système construit a priori²²⁵.

Des différentes solutions retenues par les arrêts, seule est

1933, 282 ; sur ces arrêts v. du Garreau de la Méchenie, article précité, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1944, p. 229).

218. Req. 5 juillet 1865, *S.*, 1865, 1, 343 ; *P.*, 1865, 875, Req., 18 mai 1868, *S.*, 1868, 1, 246 ; *P.*, 1868, 618. — Nancy, 14 novembre 1905, *D.P.*, 1905, 2, 321, note Léon Lacour. — Angers, 9 juillet 1935, *G.P.*, 1935, 2, 657. — Rouen, 15 novembre 1938, *D.H.*, 1939, 141.

219. Rennes, 9 avril 1870, *D.P.*, 1872, 2, 110. — Cass. Belg., 8 juillet 1886, *D.P.*, 1888, 2, 5. — Paris, 11 janvier 1906, *D.P.*, 1907, 2, 391. — Aix, 5 octobre 1954, *J.C.P.*, 1955, II, 8548, note R. Rodière.

220. Civ., 12 novembre 1884, *D.P.*, 1885, 1, 357. — 1^{re} Civ., 4 février 1963, *J.C.P.*, 1963, II, 13159, note R. Savatier. — Cf. B. Gross, thèse, n° 190 s.

221. Paris, 11 janvier 1906, *D.P.*, 1907, 2, 391. — Req., 3 novembre 1932, *D.H.*, 1932, 570. — Angers, 9 juillet 1935, *G.P.*, 1935, 2, 657. — Rouen, 15 novembre 1938, *D.H.*, 1939, 141. — Aix, 5 octobre 1954, *J.C.P.*, 1955, II, 8548, note R. Rodière.

222. Rennes, 9 avril 1870, *D.P.*, 1872, 2, 110. — Douai, 10 décembre 1907, *D.P.*, 1909, 2, 21. — Civ., 25 mars 1924, *D.P.*, 1926, 1, 30.

223. Cass. Belg., 8 juillet 1886, *D.P.*, 1888, 2, 5. — Nancy, 14 novembre 1905, *D.P.*, 1905, 2, 321 rapp. 1^{re} Civ., 10 mars 1965, *J.C.P.*, 1965, II, 14202, note Blaevoet.

224. Cf. par exemple la formule employée par la 1^{re} section civile de la C. Cass., le 4 février 1963 (*J.C.P.*, 1963, II, 13159, note R. Savatier) : « Attendu que la garantie due par le vendeur pour les vices cachés, étant inhérente à l'objet même de la vente, appartient à l'acheteur comme détenteur de la chose en vertu d'un droit qui lui est propre et qu'il tient du contrat. » Reconnaitre au détenteur de la chose, en cette qualité, un « droit propre » à agir en garantie contre le vendeur initial paraît faire du principe de créance contre le garant une « qualité active de la chose » selon la formule d'Aubry et Rau. Mais la Cour corrige aussitôt : ce droit, il le « tient du contrat ». Cette fois, on voit plutôt le droit faire l'objet d'une transmission distincte et parallèle, sans qu'on sache d'ailleurs s'il s'agit d'un effet légal du contrat ou d'un effet voulu par les parties. Sans doute, cette expression complexe se justifie-t-elle par le souci de tenir compte des règles de procédure (cf. R. Savatier, note précitée). Elle marque néanmoins les hésitations de la Cour de cassation quand il s'agit de fonder juridiquement la solution que réclame la maxime *accessorium sequitur principale*.

225. Cf. les analyses de jurisprudence dans les articles précités de MM. Lépargneur et du Garreau de la Méchenie.

d'ailleurs franchement critiquable celle qui semble admettre que l'accessoire puisse s'identifier à la chose principale. Pour le reste, les autres explications dénotent une assez juste vision du jeu de la règle de l'accessoire.

Ce qu'il importe de noter, en effet, c'est, quelle que soit la solution que l'on adopte, le rôle de la maxime *accessorium sequitur principale*. Elle n'intervient que pour guider l'interprète. La situation de fait est telle que, s'il n'était pas transmis en même temps que le principal, l'accessoire serait sans utilité pour personne. Un principe d'économie très simple veut donc que l'accessoire suive le sort du principal. *Mais encore faut-il que ce principe soit consacré par la loi ou la volonté des parties.* Cet « élément moteur », extérieur à la règle de l'accessoire elle-même, est nécessaire pour qu'effectivement l'accessoire suive le sort du principal. Si l'accessoire est transmis à l'acquéreur du principal, c'est en vertu des règles du droit commun — autonomie de la volonté, jeu de l'article 1135 — et non en vertu d'une règle de droit particulière qui s'exprimerait *accessorium sequitur principale*. Et ceci vaut aussi bien pour la transmission de la propriété des « choses accessoires » que pour le transfert des « droits accessoires ». En réalité, la formule, ici, n'ajoute rien aux normes juridiques courantes. Elle résume seulement de façon commode un raisonnement qui est toujours le même en présence du rapport d'accessoire à principal.

96. — Cela signifie d'abord que si la maxime *accessorium sequitur principale* opère un certain alignement de la condition de l'accessoire sur celle du principal, ce n'est qu'à l'occasion des actes juridiques modifiant la situation du principal et non en vertu d'une influence immédiate du principal sur l'accessoire.

Cela signifie aussi que la règle de l'accessoire servant seulement à préciser la portée des actes juridiques ne saurait prévaloir contre la volonté expresse de la loi ou des parties. Telles sont, par exemple, les règles actuelles du droit de reproduction en matière littéraire et artistique : Le droit de reproduction, contrairement à la maxime *accessorium sequitur principale*, n'est pas transmis à l'acquéreur de l'objet matériel, manuscrit, tableau, etc... Il faut d'ailleurs remarquer que l'on rencontre ici deux formes de limitation au jeu de la règle de l'accessoire. D'un côté, la disparition de ses conditions d'application par l'évolution de l'accessoire lui-même qui cesse d'être accessoire. C'est en effet la tendance naturelle des accessoires qui poursuivent un but qui leur est propre, de se détacher de leur support pour accéder à l'indépendance. La jurisprudence a considéré que c'était le cas du droit de publication d'une œuvre littéraire ²²⁶, sans doute parce que l'idée apparaît alors moins

226. Paris, 4 juillet 1890, *D.P.*, 1895, 2, 42 ; *S.*, 1894, 2, 17, note G. Appert. — T. Civ., Seine, 28 juillet 1909, *S.*, 1911, 2, 305. — Civ., 26 février 1919, *S.*, 1920, 1, 203.

étroitement liée à la chose : l'œuvre de l'esprit s'exprime par le langage et le manuscrit n'en est qu'un moyen de conservation²²⁷. Ce sont les mots — intermédiaires intellectuels — et non les signes tracés de la main de l'auteur qui sont reproduits. — D'un autre côté, la règle de l'accessoire elle-même a été paralysée : Approuvée par la doctrine²²⁸, la loi a refusé de soumettre à la maxime *accessorium sequitur principale* le droit de reproduction des œuvres d'art²²⁹. Pourtant, la réalité est telle que l'on voit mal le droit de reproduction s'exercer sans saisir l'objet corporel dans lequel la création intellectuelle s'est matérialisée. Aussi n'est-ce pas au rapport d'accessoire à principal que les textes s'attaquent, mais aux conséquences que l'on en pourrait tirer. L'œuvre de l'esprit touche de trop près à la personnalité de son auteur. La loi a préféré sacrifier le principe économique du maintien de la pleine efficacité de l'accessoire au respect des intérêts moraux du créateur. Elle a ainsi privé la règle de l'accessoire de la force qui aurait pu la mettre en mouvement²³⁰.

Cet exemple montre que la maxime *accessorium sequitur principale* peut rencontrer des résistances qui, même lorsqu'il s'agit d'accessoires actifs, empêchent la transmission de l'accessoire à l'acquéreur du principal. Or, il est *a priori* difficile de considérer comme tenu d'une dette quelqu'un qui ne s'y est pas expressément obligé. Aussi est-il permis de se demander si le transfert de l'accessoire à la suite de l'aliénation du principal ne se heurte pas à un obstacle chaque fois que cet accessoire est passif.

227. « L'idée du tableau ne peut pas... avoir une existence séparée du tableau même, tandis que rien n'est plus facile que de séparer un poème de la matière sur laquelle il est écrit. On n'a pas le manuscrit d'Homère, mais il vit et se transmet dans la mémoire des rapsodes ; et qui entend réciter des vers les perçoit souvent mieux que s'il les lisait... » (Conclusions du procureur général Dupin, *D.*, 1842, 1, 304.) L'auteur peut aussi avoir conservé une copie ou des brouillons qui lui permettent de publier son œuvre sans avoir recours au manuscrit cédé (cf. G. Appert, note précitée, *S.*, 1894, 2, 17).

228. H. Desbois (« Le droit d'auteur », Paris, *Dalloz*, 1950, n° 235) estime qu'ainsi la loi a mis fin à un véritable scandale.

229. Loi du 9 avril 1910 ; loi du 11 mars 1957.

230. Mais l'exercice du droit de reproduction s'en trouverait paralysé si la loi, pour ne pas le restreindre à ses attributs négatifs (interdire la divulgation) n'avait aménagé sa coexistence avec le droit de propriété sur l'objet matériel : art. 29, al. 3, L. 11 mars 1957 : « Ces droits subsistent en la personne de l'auteur ou de ses ayants-droit qui, pourtant, ne pourront exiger du propriétaire de l'objet matériel la mise à leur disposition de cet objet pour l'exercice desdits droits. Néanmoins, en cas d'abus notoire du propriétaire empêchant l'exercice du droit de divulgation, le tribunal pourra prendre toute mesure appropriée, conformément aux dispositions de l'art. 20. »

B. — Les accessoires passifs

97. — Le rapport d'accessoire à principal peut aussi bien se rencontrer si l'accessoire constitue une charge²³¹. Aussitôt, le raisonnement condensé dans la formule *accessorium sequitur principale* s'applique et l'on doit décider que l'accessoire a vocation à suivre le sort du principal. Mais la transmission de l'accessoire est-elle techniquement possible ?

A cet égard, il n'y a pas de difficulté particulière en ce qui concerne les charges réelles, qui, par définition, sont transmissibles²³². Ce qui peut être discuté, c'est la notion elle-même²³³. Mais une fois celle-ci admise, il est certain que l'acquéreur de la propriété de la chose principale supportera cet accessoire passif. Il suffit de transposer le raisonnement applicable aux accessoires actifs.

S'agissant d'une obligation personnelle, « accessoire d'une chose », on peut hésiter à admettre qu'elle suive le sort de la chose principale aliénée. La transmission passive des obligations est une opération délicate²³⁴. Il est difficile de tenir pour engagé l'acquéreur du principal qui n'a pas lui-même conclu la dette. De surcroît, « la considération de la personne du débiteur est essentielle, non seulement lorsqu'on envisage l'obligation comme lien de droit, mais lorsqu'on la considère comme une valeur patrimoniale : la créance vaut ce que vaut le débiteur²³⁵ ». C'est sur ces obstacles qu'a toujours buté la cession de dettes. Mais le fait qu'une obligation soit accessoire ne change-t-il pas la situation ?

98. — Il est inutile de s'attarder sur le système qui voudrait identifier l'accessoire au principal pour en assurer la transmission. Dans une formule symétrique de celle qu'ils proposent pour les créances accessoires, Aubry et Rau admettent la transmission à l'acquéreur du principal des obligations « qui ont eu pour effet de restreindre ou de modifier le droit transmis » ou qui « forment la condition nécessaire à son exercice²³⁶ ». Dans notre hypothèse, le « droit transmis » est la propriété de la chose principale. Et c'est bien ainsi que l'entendent Aubry et Rau²³⁷. Or il est impossible de prendre cette expression comme une justification technique du transfert d'une dette accessoire. Pas plus qu'une créance accessoire

231. *Supra*, n° 84.

232. E. Gaudemet, thèse, n°s 386 s.

233. *Infra*, n°s 273 s.

234. E. Gaudemet, thèse.

235. H.-L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, II, n° 1277.

236. II, § 176 *bis*.

237. Cf. J. Lépagneur, article précité, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1924, p. 533, 534.

n'étend le droit de propriété qui est déjà complet par lui-même, une obligation personnelle ne peut entamer le droit réel de propriété²³⁸.

Mais, de même que nous avons admis qu'il était possible d'envisager que la loi attache comme une suite légale du contrat de vente la transmission d'une créance accessoire, ne doit-on pas considérer que la loi impose qu'une dette accessoire suive le sort du principal, ou même que l'on doit présumer que les parties ont entendu effectuer cette transmission ?

99. — a) On peut songer à transposer ici le raisonnement tenu à propos des créances accessoires tendant à faire application de l'article 1135 du Code civil. Mais une théorie plus audacieuse a été brillamment présentée par M. du Garreau de la Méchenie²³⁹. Pour cet auteur, il s'opère à l'égard de l'acquéreur du principal une dévolution légale de tous les accessoires, actifs ou passifs : « En réalité, l'ayant cause à titre particulier — le successeur particulier, comme disaient peut-être aussi justement les anciens auteurs — acquiert en même temps qu'un élément du patrimoine de son auteur une vocation à certains droits et à certaines dettes... Cette vocation de l'ayant cause à titre particulier, étant donné son caractère spécial, devra naturellement être limitée beaucoup plus strictement que celle des ayants cause universels. Mais la question de fond, croyons-nous, reste toujours la même, que l'on envisage la transmission des créances ou celle des dettes : il s'agit toujours de tracer les limites d'une vocation analogue à la vocation successorale²⁴⁰ ».

La limite de cette vocation « quasi-successorale » doit être cherchée dans le lien unissant les créances ou les dettes à l'objet de la transmission principale, c'est-à-dire dans le rapport d'accessoire à principal : « L'ayant cause à titre particulier n'est pas considéré comme un tiers par rapport aux obligations contractées par son auteur quand elles constituent l'accessoire du droit qui lui est transmis, il est au contraire normal qu'il se substitue au précédent titulaire...²⁴¹ Sa vocation successorale est donc limitée

238. Cf. la pertinente critique de la formule d'Aubry et Rau par M. Lépargneur, article précité, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1924, p. 534, 535. Il est seulement curieux que cet auteur — bien qu'il soit partisan d'un système plus large, fondé sur l'article 1122 (*supra* n° 92) — ne présente pas les mêmes objections à l'égard de la proposition, évidemment symétrique, d'Aubry et Rau, concernant la transmission des créances accessoires : dès lors que l'on considère que ces expressions donnent le résultat d'une analyse juridique et ne se bornent pas à une description de la situation au point de vue économique, c'est l'idée centrale d'une identification de l'accessoire au principal qui, selon nous, est inexacte.

239. Article précité : « La vocation de l'ayant-cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1944, p. 219 s.

240. *Loc. cit.*, p. 221.

241. *Ibid.*, p. 237.

aux éléments actifs et passifs qui se groupent autour des biens qu'il acquiert...²⁴² »

Le principe de cette vocation légale serait écrit à l'article 1122 du Code civil. Lorsque ce texte exprime qu' « on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses ayants cause... » on peut entendre le terme « stipulé » de deux manières différentes :

— Conformément à la tradition historique, « stipuler » signifierait « devenir créancier par le moyen d'une convention » et s'opposerait ainsi à « promettre²⁴³ ». S'il peut être invoqué pour régler le sort des droits accessoires²⁴⁴, l'article 1122 serait inapplicable pour assurer le transfert des obligations accessoires.

— Mais on peut aussi entendre « stipuler » au sens de « contracter²⁴⁵ ». Le texte viserait à la fois le transport des créances et des dettes. C'est d'ailleurs parce que la transmission des obligations à l'ayant cause à titre particulier leur paraît inadmissible que certains auteurs estiment que l'article 1122 ne peut viser que les ayants cause à titre universel²⁴⁶. Mais, pour M. du Garreau de la Méchenie, cette conséquence n'est nullement inadmissible. Au contraire, il est souhaitable de faire passer à l'acquéreur du principal les obligations accessoires. Il suffit d'éviter qu'il ne soit tenu contre son gré, en lui réservant l'option de tout successeur : « Il reste parfaitement libre du parti à prendre... Il n'y a plus d'héritiers nécessaires²⁴⁷. »

100. — Par rapport aux autres explications possibles, la différence est considérable : au lieu d'admettre que le principe de l'effet relatif des contrats et de l'incessibilité des dettes constituent des obstacles dont il faut mesurer l'importance pour éventuellement les tourner ou les franchir, la théorie de M. du Garreau de la Méchenie entend d'abord *abattre ces obstacles*, ce qui laisse le champ absolument libre pour satisfaire à l'objectif qu'exprime l'adage *accessorium sequitur principale*. Si l'ayant cause à titre particulier n'est pas un tiers au regard des droits et obligations de son auteur, accessoires à la chose transmise, la question est d'avance résolue et il n'y a pas à s'interroger sur la force que peut avoir la règle de l'accessoire.

Cette méthode se rencontre en d'autres hypothèses et nous verrons que c'est une attitude parfois employée pour résoudre le

242. *Ibid.*, p. 238.

243. J. Lépagneur, article précité, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1924, p. 489 ; L. Mourgeon, thèse, p. 19 et p. 56 ; Planiol et Ripert par Esmein, VI, n° 331 ; Demogue, *Traité des obligations*, VII, n° 676.

244. *Supra*, n° 92.

245. Laurent, XVI, n° 1 ; Bufnoir, *Propriété et contrat*, n° 753 ; Demante et Colmet de Santerre, 2^e éd., V, n° 34 bis ; Baudry-Lancantinerie et Barde, 3^e éd., *Obligations*, I, n° 255.

246. Cf. *supra*, n° 92.

247. *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1944, p. 221.

conflit entre la maxime *accessorium sequitur principale* et une autre règle juridique. Nous aurons à nous interroger sur la légitimité du procédé²⁴⁸. Mais il apparaît immédiatement, et sans qu'on ait, pour le moment, à approfondir la question des rapports d'une telle méthode avec la règle de l'accessoire, que, si cette théorie originale est séduisante à bien des égards, « il s'agit là d'une opinion particulière à celui qui l'a émise²⁴⁹ ».

— En ce qui concerne la « vocation successorale » de l'ayant cause à titre particulier aux obligations de son auteur, qui est le point le plus original de son système, M. du Garreau de la Méchenie doit admettre qu'on ne peut totalement abolir le principe que nul ne peut être tenu contre son gré d'une dette contractuelle. Aussi, réserve-t-il à ce successeur particulier la faculté de se soustraire aux conséquences des contrats passés par son auteur. Il ne sera tenu que s'il a accepté ces obligations, sauf à admettre largement l'acceptation tacite. — Mais il n'est pas possible de maintenir le parallélisme avec la vocation héréditaire : il n'y a pas d'option du successeur particulier. Outre qu'on voit assez mal la possibilité d'une acceptation sous bénéfice d'inventaire²⁵⁰, M. du Garreau de la Méchenie n'envisage que l'acceptation expresse ou tacite. Mais puisqu'on réserve cette option au successeur particulier, il faudrait aussi parler de la renonciation à cette vocation légale. Or, « l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier²⁵¹ ». Ici, la qualité de successeur est la qualité d'ayant cause à titre particulier. En refusant la charge des dettes accessoires, l'acquéreur répudierait donc sa qualité d'ayant cause, ce qui reviendrait à dire que le contrat de vente de la chose principale est résolu. Jamais une telle position n'a été soutenue et M. du Garreau de la Méchenie considère bien lui-même que si l'ayant cause à titre particulier n'accepte pas les charges accessoires, il n'en sera pas tenu, sans pour autant anéantir le contrat portant sur le principal. Mais alors ce défaut d'acceptation n'a plus rien de commun avec la renonciation à succession : la situation normale est que l'ayant cause à titre particulier ne soit pas tenu des obligations de son auteur et cette situation n'est renversée que s'il a accepté d'assumer ces charges. Cette acceptation n'est donc plus la simple confirmation d'une vocation légale. C'est cette acceptation et non la loi qui est la source de la dette de l'acquéreur qui a simplement souscrit un engagement personnel.

248. *Infra*, II^e partie.

249. R. Rodière, *J.C.P.*, 1955, II, 8548.

250. Quel serait l'émolument actif de la succession particulière limitant l'obligation du successeur ? Certainement pas le bien principal acheté : il est acquis en vertu du contrat et non par succession. Il faudrait alors prendre en considération la valeur des accessoires actifs, l'acquéreur n'étant tenu des obligations accessoires que jusqu'à concurrence de ce montant.

251. Art. 785 C. Civ.

— De plus, l'article 1122 offre une base bien fragile à la vocation légale de l'ayant cause à titre particulier : outre que la portée de ce texte est controversée, puisqu'on discute aussi bien sur le sens du mot « ayant cause²⁵² » que sur celui du mot « stipuler²⁵³ », il paraît assez aventureux de fonder une vocation *légale* sur un article qui s'exprime uniquement en termes faisant référence à la volonté individuelle.

— Quoi qu'il en soit, ni le législateur ni la jurisprudence n'ont admis cette théorie. Plusieurs lois sont intervenues pour imposer le transfert à l'ayant cause à titre particulier de certaines obligations²⁵⁴. On comprendrait mal une telle méthode si cette transmission était déjà assurée d'une manière générale par l'article 1122. Les arrêts, de leur côté, n'ont jamais consacré une « vocation successorale » de l'ayant cause à titre particulier aux obligations de son auteur. Bien au contraire, pour la Cour de cassation, « il est de principe que l'acheteur, en tant qu'ayant cause à titre particulier du vendeur, est un tiers à l'égard des obligations antérieurement contractées par celui-ci à l'occasion de la chose cédée²⁵⁵ ». Sans doute, toutes les obligations contractées « à l'occasion de la chose » n'en sont-elles pas accessoires. Il n'en reste pas moins que, malgré certaines dérogations que nous retrouverons²⁵⁶, la jurisprudence est très nettement hostile à la transmission à l'acquéreur d'une chose des dettes du vendeur, fussent-elles accessoires.

101. — Mais, ce faisant, la jurisprudence ne va-t-elle pas trop loin ? Sans reconnaître à l'acquéreur de la chose principale une « vocation successorale », ne peut-on transposer le raisonnement exposé à propos des créances accessoires et décider que l'article 1135, combiné à l'article 1615, considère le transport des dettes accessoires comme une suite légale du contrat ?

Le rapport d'accessoire à principal existe et l'on a les mêmes

252. *Supra*, n° 92.

253. *Supra*, n° 99. V. en particulier les arguments d'ordre historique de M. Lépargneur (*Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1924, p. 489 s.) en faveur de l'interprétation du terme « stipuler » comme synonyme de « rendre créancier ».

254. Cf. par exemple l'art. 1743, C. Civ., l'art. 23, al. 7, Liv. I, Code du Travail, les lois sur les associations syndicales des propriétaires ruraux (loi du 21 juin 1865, du 13 juillet 1882...) l'art. 7 de la loi du 13 mars 1909 sur l'apport en société d'un fonds de commerce, la loi du 28 juin 1938 et la loi du 10 juillet 1965 sur la copropriété par appartements, l'art. 9 du décret n° 55-563 du 20 mai 1955 prévoyant la transmission aux acquéreurs successifs d'un appartement de la charge des remboursements d'un prêt à la construction consenti par le Crédit Foncier ou le Sous-Comptoir des entrepreneurs...

255. Req. 3 septembre 1940, *G.P.*, 1940, 2, 102 ; *J.C.P.*, 1940, II, 1557, note E. Becqué. V. les nombreuses références citées par Planiol et Ripert par P. Esmein, VI, n° 332 ; rapp. Montpellier, 30 janvier 1963, *D.*, 1963, 665, note Y. Lobin.

256. *Infra*, n° 301.

motifs de décider que l'accessoire a vocation à suivre le sort du principal. Mais il s'agit de dettes et l'on se heurte ici à la résistance opposée par la nature même de l'obligation qui « reste un rapport personnel dans lequel la considération de la personne du débiteur présente un caractère essentiel²⁵⁷ ». La dette est indirectement l'engagement du patrimoine du débiteur et directement celui de son activité. « Elle dépend de sa solvabilité, de son honnêteté, de son intelligence aux affaires²⁵⁸. » Et l'on n'a pas encore réussi à en faire une charge transmissible : il n'existe pas en droit français de cession de dette analogue à la cession de créance.

Les procédés auxquels on songe pour transmettre indirectement une dette, novation par changement de débiteur, délégation imparfaite, stipulation pour autrui (le « cessionnaire » jouant le rôle de promettant)²⁵⁹ ne réalisent pas une véritable cession. C'est toujours un *engagement nouveau* du second débiteur qui se substitue ou s'ajoute à l'obligation initiale.

Or, l'article 1135 attache au contrat les « suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation *d'après sa nature* ». Et ici, l'opération intervenue entre les parties est une cession de la propriété de la chose principale. On peut donner à cette cession toute sa portée en considérant qu'elle opère substitution du cessionnaire au cédant dans tous les rapports juridiques qui l'unissaient, même indirectement, à la chose. On peut admettre que l'article 1135 détermine le contenu du contrat en y attachant au besoin des suites qui n'ont pas réellement été aménagées par les parties. Mais il ne permet pas d'en modifier la nature. On ne peut assurer la transmission de dettes en restant dans le cadre d'une cession, parce qu'il est impossible de réaliser une substitution de débiteurs dans un rapport juridique lui-même inchangé : il faudrait créer un engagement nouveau de l'acquéreur. C'est une opération juridique d'une nature différente, qui ne peut plus passer comme une des suites du contrat visées par l'article 1135. Ce serait un contrat nouveau.

102. — b) N'est-il pas alors possible d'invoquer la maxime *accessorium sequitur principale* comme règle d'interprétation de la volonté des parties pour fonder l'existence de ce contrat nouveau ?

Il n'est naturellement pas question de découvrir une véritable cession de dette tacite. Mais, puisqu'il est souhaitable que l'accessoire suive le sort du principal, ne peut-on présumer que les parties ont entendu organiser leurs rapports en conséquence ? La novation, la délégation, la stipulation pour autrui, permettent d'engager l'acquéreur du principal, ce qui est le résultat cherché.

257. Marty et Raynaud, II-1, n° 802.

258. H.-L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, II, n° 1277.

259. E. Gaudemet, thèse.

Les parties ne doivent-elles pas être censées avoir eu recours à un de ces mécanismes ?

C'est déjà douteux a priori en ce qui concerne la novation. S'il est admis qu'« il n'est pas nécessaire que l'intention de novier soit exprimée en termes formels ; qu'il suffit qu'elle soit certaine ²⁶⁰ », il est difficile d'affirmer que la règle *accessorium sequitur principale*, simple présomption, peut franchir l'obstacle de l'article 1273 selon lequel « la novation ne se présume point ».

Mais surtout, une telle présomption n'apparaît pas comme une conséquence logique du rapport d'accessoire à principal :

On peut certes présumer l'accord du créancier. L'opération lui serait en tout état de cause profitable. Par hypothèse, sa créance ne sera efficace que s'il peut l'exercer contre le propriétaire de la chose. La personnalité de son débiteur lui importe beaucoup moins que sa qualité de propriétaire.

Mais il faudrait encore pouvoir présumer l'accord de l'acquéreur du principal. Et c'est là que se manifeste la différence entre la transmission des créances accessoires et celle des dettes accessoires : qu'une créance suive le sort du principal ne change pas la situation du débiteur, qui devra toujours la même prestation, — est évidemment favorable à l'acquéreur —, et ne prive de rien le créancier primitif, pour qui le droit ne présente plus aucun intérêt une fois qu'il s'est défait de la chose principale. Le transport d'une dette accessoire, s'il est profitable au créancier et aussi au débiteur primitif, est au contraire défavorable à l'acquéreur du principal qui supporte alors une charge nouvelle. Or le transfert de la propriété résulte d'un acte passé entre le vendeur et l'acquéreur. Si les *deux* parties à cette convention ont intérêt à assumer la transmission d'une créance accessoire, s'agissant d'une obligation, *seul le vendeur* a intérêt à ce transfert. L'accessoire, privé de son support, disparaît ou perd son efficacité. Mais quand cet accessoire est passif, l'acquéreur ne tient pas du tout à éviter sa disparition. Seul peut être présumé le consentement du vendeur qui, personnellement obligé, ne pourrait plus exécuter sa dette après la vente du principal et devrait des dommages-intérêts à son créancier ²⁶¹. Mais ce seul consentement ne suffit pas à faire suivre à une obligation accessoire le sort du principal.

Sans doute, cette solution est-elle défavorable au créancier, tiers par rapport à l'acte de vente. Mais c'est le lot commun des créanciers de subir le contrecoup des actes passés par leur débiteur dont ils ont suivi la foi.

Manifestement, cette fois, le principe que nul ne peut être tenu contre son gré d'une obligation contractuelle est un obstacle. Il serait inadmissible que l'acheteur d'une chose fût surpris par la charge d'un passif auquel il est étranger.

260. Civ., 7 juillet 1925, *D.P.*, 1927, 1, 22.

261. Cf. Paris, 16 février 1965, *G.P.*, 1965, 1, 386.

L'acquéreur du principal ne peut être tenu que s'il a accepté de s'obliger personnellement. Sans doute cette acceptation peut-elle être tacite²⁶², mais ce n'est pas le seul rapport d'accessoire à principal unissant l'obligation à son acquisition qui permet de présumer son acceptation.

Nous sommes ainsi conduits à dire, avec la jurisprudence, que si les créances accessoires suivent le sort du principal, lors de la transmission de celui-ci, il n'en est pas de même, en principe, des dettes accessoires. Cette dissymétrie, choquante au premier abord²⁶³, tient aux difficultés auxquelles s'est toujours heurtée la cession de dette. La maxime *accessorium sequitur principale* n'est ici que l'expression d'un simple raisonnement et non un procédé technique autonome susceptible de pallier la carence d'organisation de la cession de dette en droit français. L'obstacle tient aussi à des raisons de fond, car l'obligation, par nature, demeure liée à la personne du débiteur et la seule constatation de l'existence d'un rapport d'accessoire à principal ne paraît pas suffisamment démontrer que la personnalité de l'obligé est indifférente.

103. — Cet échec de la règle de l'accessoire est particulièrement important.

D'abord en ce qu'il montre qu'il est des accessoires, dont la qualité est établie avec certitude, qui cependant ne peuvent suivre le sort du principal. Il ne suffit pas de mettre en lumière un rapport d'accessoire à principal pour qu'automatiquement la maxime *accessorium sequitur principale* se réalise ; encore faut-il qu'elle trouve une voie technique dépourvue d'obstacles.

D'autre part, au point de vue pratique, si la maxime *accessorium sequitur principale* ne peut faire passer les dettes accessoires à l'acquéreur du principal, elle est impuissante à assurer la transmission des contrats synallagmatiques. Il est évident qu'il ne saurait être question de songer à la règle de l'accessoire pour organiser la cession de contrat synallagmatique en général. On ne peut en aucune façon considérer que les dettes nées du contrat sont des accessoires des créances qu'il établit et que la cession de contrat pourrait se ramener à une cession de créance emportant transport des dettes par la vertu de la maxime *accessorium sequitur principale* : droits et obligations se servent *réciroquement* de cause et sont sur un pied d'égalité qui interdit de voir là un rapport d'accessoire à principal. Mais « le plus souvent la cession de contrat est consentie accessoirement à une autre opération juridique ; notamment à l'occasion de la cession d'une entreprise...²⁶⁴ » et,

262. Cf. la jurisprudence analysée par M. du Garreau de la Méchenie, article précité, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1944, p. 235, 236.

263. « Aux qualités actives de la chose, devraient correspondre ses qualités négatives ». R. Rodière, *J.C.P.*, 1955, II, 8548.

264. Marty et Raynaud, II-1, n° 827.

cette fois, le contrat entier est un accessoire. Or, s'il existe un rapport d'accessoire à principal entre le contrat et le bien cédé, les problèmes techniques de la transmission du contrat n'en sont pas pour autant résolus. Si la maxime *accessorium sequitur principale* pouvait assurer la transmission des « dettes accessoires d'une chose », il suffirait de décomposer le contrat en créances accessoires du bien cédé et dettes accessoires de ce bien pour que l'acquéreur du principal succède à son vendeur dans le rapport contractuel.

Malheureusement, le transport des dettes ne se résout pas grâce à la seule règle de l'accessoire. Certains auteurs en concluent à l'intransmissibilité des contrats synallagmatiques accessoires²⁶⁵. D'autres adoptent une position plus souple, en faisant intervenir l'*exceptio non adimpleti contractus* : la créance issue du contrat passerait bien à l'ayant cause, mais il ne pourrait exiger l'exécution à son profit de cet engagement que s'il exécute lui-même les obligations corrélatives. Ce système assure indirectement la transmission du contrat, mais laisse l'acquéreur libre de l'invoquer ou d'y renoncer²⁶⁶.

La maxime *accessorium sequitur principale* n'est pas un procédé technique permettant d'éluder les difficultés de la cession de contrat, mais elle retrouve naturellement son rôle si l'on arrive à organiser directement une telle cession²⁶⁷. Alors, si cette opération est elle-même reconnue, la règle de l'accessoire pourra utiliser cette voie lors de la vente du bien dont le contrat est l'accessoire. La maxime *accessorium sequitur principale* pourra déclencher l'application du procédé de la cession de contrat, procédé dont elle ne saurait tenir lieu. Il ne semble d'ailleurs pas, à cet égard, opportun de distinguer, comme un auteur l'a suggéré, selon que la cession

265. Demolombe, t. XXIV, n° 282, p. 257. R. Rodière, *J.C.P.*, 1955, II, 8548.

266. Cette faculté de choix paraît choquante à certains auteurs (R. Rodière, note précitée, J.-H. du Garreau de la Méchenie, article précité). La solution est pourtant un moindre mal par rapport à l'intransmissibilité totale. Elle paraît en outre juridiquement fondée : l'acquéreur du principal bénéficie de la créance accessoire. Mais, son auteur ne peut lui transmettre plus de droits qu'il n'en a lui-même. Par conséquent, les exceptions que le débiteur pourrait opposer au créancier primitif — parmi lesquelles l'*exceptio non adimpleti contractus* — pourront être invoquées contre l'acquéreur. D'autre part, l'ayant-cause peut lever l'obstacle en payant pour son auteur (art. 1236, C. Civ.). On peut même considérer qu'en agissant ainsi il accepte d'être personnellement engagé.

Quant à l'inégalité résultant de la faculté de choix accordée à l'acquéreur du principal, elle s'explique parce qu'il ne peut être tenu d'une obligation nouvelle contre son gré, alors que le cocontractant de son auteur peut se voir imposer la cession de créance : il reste tenu de la même dette et ne doit pas pouvoir s'en délier à sa guise.

267. Ch. Lapp, *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, thèse, Strasbourg, 1950 ; Inocencio Galvao Teles, « La cession de contrat », *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1951, p. 217 s.

est ou non avantageuse pour l'acquéreur²⁶⁸. Sans doute, peut-on penser que l'ayant cause acceptera plus volontiers de se considérer comme tenu des dettes nées du contrat s'il en retire en contrepartie un avantage certain. Mais, outre la difficulté d'apprécier, en tenant compte de tous ses éléments, si le résultat d'une convention est finalement bénéfique ou non, il semble y avoir quelque exagération à ne considérer que le « solde » du contrat pour en faire globalement une créance ou une dette : ce n'est pas parce qu'une obligation est *économiquement* compensée par une créance ayant un objet différent qu'elle cesse d'être une dette. En réalité, le problème ne se pose pas seulement sur un plan financier. Pour que la cession de contrat, en général, puisse être admise, il faut d'abord « dépersonnaliser » les obligations en cause²⁶⁹. On ne voit guère en quoi l'importance relative des créances correspondantes devrait, de ce point de vue, être prise en considération.

104. — Le rôle de la maxime *accessorium sequitur principale* en cette matière paraît donc subordonné à l'organisation du régime général de la cession de contrat, qui demeure une question controversée. Pour passer par-dessus ces difficultés et tirer des solutions immédiates de la règle de l'accessoire, il faudrait la doter d'une force normative particulière. C'est ce qu'a fait le législateur dans des hypothèses limitées²⁷⁰. Dans la mesure où il est encore possible de faire appel à l'adage *accessorium sequitur principale*, il ne s'agit manifestement plus du simple raisonnement de « bon sens » et ces solutions doivent être replacées dans le cadre d'une étude générale de la règle de l'accessoire utilisée au-delà de la simple expression des conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal²⁷¹.

A s'en tenir à l'aspect de la règle qui nous occupe actuellement, les résultats atteints sont certes limités. On a vu cependant qu'il n'y a pas lieu d'adopter une conception systématiquement restrictive de la maxime *accessorium sequitur principale*. C'est qu'elle n'est pas seulement une « règle grossière » et que le « bon sens » peut s'appliquer à des matières juridiquement élaborées. Mais il est vrai que la seule référence à la formule latine ne suffit pas à aplanir tous les obstacles. La juste mesure de ce que l'on peut attendre de l'adage est parfois délicate à définir.

Plus encore que pour la détermination de la portée des actes juridiques, les solutions doivent être nuancées lorsqu'il s'agit d'apprécier les incidences que peuvent avoir sur l'accessoire les dispositions légales régissant le principal.

268. Ch. Lapp, thèse précitée, n^{os} 60 s.

269. Ch. Lapp, thèse précitée, n^o 2.

270. Cf. Marty et Raynaud, II-1, n^o 825.

271. *Infra*, II^e partie, notamment, n^{os} 278 s.

*Sous-Section 2. — La maxime *accessorium sequitur principale* et l'interprétation des dispositions légales aménageant le régime du principal et de l'accessoire.*

105. — Pour la détermination de la portée des actes juridiques intéressant le principal, la maxime *accessorium sequitur principale* apparaît, nous l'avons vu, comme une règle supplétive, parfois consacrée par la loi ; si bien qu'interpréter de tels actes fait déjà intervenir la loi. Mais ici, le rôle de la règle de l'accessoire à l'égard des textes se pose en des termes différents. La loi dont il est question est celle qui vise le principal pour définir ou aménager son régime juridique et on se demande dans quelle mesure elle doit être considérée comme régissant par contrecoup l'accessoire.

Certes, il est de nombreux cas où le problème ne se pose pas et, sans aucun effort de raisonnement, accessoire et principal se voient appliquer les mêmes règles. Lorsque la loi intervient pour organiser le régime d'une institution quelconque en fonction de sa nature, chaque fois qu'accessoire et principal sont de même nature, le texte s'appliquera directement à l'accessoire comme au principal, sans que la relation qui les unit ait un rôle à jouer dans l'interprétation de la disposition légale. De plus, la règle de l'accessoire ne peut prétendre guider l'interprète que lorsque le législateur a gardé le silence au sujet de l'accessoire²⁷². La situation est assez peu fréquente à une époque où les textes se veulent complets et pénètrent dans l'examen des détails.

Il arrive pourtant que l'application d'une loi suscite des difficultés parce que les faits révèlent un rapport d'accessoire à principal non prévu par le texte. La maxime *accessorium sequitur principale* se présente alors comme un raisonnement destiné à donner à la loi sa véritable portée.

Dans cette optique, le fonctionnement de la règle de l'accessoire est très simple. Malheureusement, la question est rarement abordée sous cet angle. Lorsqu'on est en présence d'un acte juridique portant sur le principal — par exemple la vente de celui-ci —, il n'est guère difficile de faire admettre que ce sont les effets de cet acte qui doivent être précisés à l'aide de la maxime *accessorium sequitur principale*. On peut se représenter la livraison du principal à l'acquéreur, suivie de la livraison de l'accessoire ; on « voit »

272. Lorsque la loi traite expressément des accessoires pour en régler le sort, le problème d'interprétation se déplace et, s'il n'y a pas à justifier le fonctionnement de la maxime *accessorium sequitur principale*, il reste à déterminer quels sont les accessoires visés. La question se pose dans des termes voisins de ceux que nous avons rencontrés à propos des actes juridiques et il faut, notamment, faire une assez large place aux usages (à titre d'exemple, cf. la jurisprudence citée par MM. Archevêque, Legrand et de Belot, *G.P.*, 1965, 2 doct. p. 1, à propos de la détermination des activités accessoires justifiant la « déspecialisation » des baux commerciaux).

l'accessoire suivre matériellement le sort du principal. Ce « déplacement » du principal, entraînant celui de l'accessoire, étant dû à un acte juridique, on conçoit sans peine que c'est à la détermination de la portée de cet acte que doit s'attacher la règle de l'accessoire.

Lorsqu'il s'agit de l'application à l'accessoire d'un texte régissant le principal, on ne trouve plus nécessairement cette modification du sort du principal déclenchée à un moment précis. Si le régime de l'accessoire est influencé par celui du principal, le résultat est que l'accessoire se trouve emprunter au principal certains de ses caractères juridiques. Le risque est alors de passer du résultat à la cause et de justifier la situation par une communication plus ou moins mystérieuse établie entre l'accessoire et le principal, une participation de l'accessoire à la nature du principal.

Une telle conception est assez répandue. C'est contre elle qu'il faut lutter, car elle enveloppe la règle de l'accessoire d'une brume dangereuse. Dangereuse parce qu'elle dissimule les bornes de la saine interprétation ; dangereuse pour la maxime *accessorium sequitur principale* elle-même, car si l'obscurité peut, un moment, parer un principe d'un certain prestige, on finit tôt ou tard par rejeter une règle qui n'est pas comprise.

Or, si l'on ne voit pas ce qui pourrait justifier un emprunt par l'accessoire de tout ou partie de la nature du principal, il est une chose certaine, c'est l'existence d'un rapport d'accessoire à principal. A partir de là, on peut raisonner et tenir compte de cette donnée pour l'interprétation des textes.

Dire qu'une loi régissant le principal concerne aussi l'accessoire n'implique pas une assimilation de l'accessoire au principal. Simplement, on constate que le texte établit la même règle à l'égard du principal et de l'accessoire.

La preuve qu'il ne s'agit pas d'une communication directe des qualités du principal à l'accessoire, mais bien de la détermination de la portée de certains textes en présence d'un rapport d'accessoire à principal, est que le raisonnement qu'exprime la maxime *accessorium sequitur principale* n'aboutit pas toujours à calquer les caractères de l'accessoire sur ceux du principal, mais au contraire à donner à l'accessoire un régime original. Le droit positif consacrant de telles situations, il y a là un argument sérieux pour écarter l'idée d'une « coloration » de l'accessoire au contact du principal.

Il faut cependant reconnaître qu'il s'agit là d'hypothèses assez exceptionnelles et il est plus fréquent que la règle de l'accessoire justifie un certain alignement du régime de l'accessoire sur celui du principal. Mais, ici encore, elle n'a, d'un point de vue technique, pas d'autre rôle que de guider l'interprétation des textes.

§ 1. — L'application à l'accessoire de règles régissant le principal.

106. — Nous avons assez insisté sur l'individualisation de l'accessoire qui ne peut, à peine de perdre sa qualité d'accessoire, s'assimiler intégralement au principal. Il n'est donc pas question d'imposer globalement à l'accessoire l'ensemble de la réglementation concernant le principal. Le principe est que l'accessoire se voit appliquer le régime qui lui est propre, qui correspond à sa nature juridique. Exceptionnellement, il arrive qu'une règle déterminée visant le principal doive aussi être appliquée à l'accessoire, pour éviter une séparation néfaste. Alors s'opère, mais très partiellement, un certain alignement du régime de l'accessoire sur celui du principal.

Ainsi une pièce hétérogène s'ajoute ou même se substitue aux règles qui, sans la maxime *accessorium sequitur principale*, seraient applicables. Tel accessoire, en principe librement cessible, devient indisponible parce qu'il est lié à un principal inaliénable ; tel accessoire, en principe nul, échappe à la prohibition grâce au secours d'un principal valable... Pour aboutir à de telles solutions lorsque le législateur ne les a pas expressément consacrées, on conçoit que l'on doive exiger un lien particulièrement fort entre l'accessoire et le principal. Il faut que la situation soit telle qu'en visant le principal seul, la loi n'ait pas pu ne pas viser les accessoires.

Il reste cependant une assez large marge d'appréciation : appliquer à l'accessoire une règle concernant le principal aboutit à une certaine « réduction » du régime propre à l'accessoire. Il faut mesurer la résistance que peut opposer ce régime et par conséquent la force qui doit animer la maxime *accessorium sequitur principale* pour la vaincre. Par là peut s'introduire beaucoup de souplesse dans l'intervention de la règle de l'accessoire. Elle ne peut jouer, en principe, qu'en présence d'une liaison très étroite entre l'accessoire et le principal, du type de celle qui unit au principal l'accessoire nécessaire. Mais son champ d'action s'accroît lorsque la résistance qu'oppose le régime de l'accessoire s'atténue au point de devenir une prédisposition à accueillir la règle régissant le principal.

A. — L'intensité de l'union entre l'accessoire et le principal

107. — Le rôle de la maxime *accessorium sequitur principale* pour expliquer l'influence d'un caractère du principal sur le régime de l'accessoire a été particulièrement discuté à propos de l'extension à l'hypothèque de l'indisponibilité de la créance garantie. L'enjeu du débat était d'importance puisqu'il posait le problème de la validité des renonciations ou subrogations portant sur l'hypothèque légale de la femme mariée. A cet égard, la question est

largement dépassée par l'évolution législative. Il n'est cependant pas inutile de rouvrir cette discussion. Non seulement l'hypothèse est une illustration-type de l'intervention de la règle de l'accessoire, mais, précisément, l'évolution intervenue permet de prendre un peu de recul pour mieux saisir son fonctionnement.

Les créances d'aliments sont insaisissables et il a été vite admis qu'elles sont aussi incessibles. Lorsqu'il s'est agi de savoir si ce caractère se communiquait à l'hypothèque garantissant une telle créance, la Cour de cassation a distingué deux séries d'hypothèses :

— Pour une hypothèque conventionnelle établie afin de garantir la dette d'aliments d'un enfant envers ses père et mère, la cession de rang a été admise²⁷³.

— Pour l'hypothèque légale de la femme mariée garantissant le paiement de la pension alimentaire due à la femme en cas de séparation de corps ou de divorce, la subrogation consentie au profit d'un tiers a été privée de tout effet²⁷⁴.

Cette dernière solution était fâcheuse au point de vue pratique. En effet, sous l'empire de la loi du 23 mars 1855, l'hypothèque légale de la femme mariée inscrite dans l'année suivant la dissolution du mariage pouvait rétroagir soit au jour du mariage, soit au jour de la naissance de la créance. Or, la créance d'aliments de la femme séparée de corps ou divorcée « résulte directement du mariage ; elle existe dès le moment où il a été contracté, et le tribunal, en condamnant le mari à payer une pension à la femme, ne fait que sanctionner cette obligation et en préciser l'objet²⁷⁵ ». L'hypothèque garantissant la créance d'aliments devait donc prendre rang au jour de la célébration du mariage²⁷⁶. Comme, d'autre part, l'incessibilité de la créance avait pour conséquence l'incessibilité de la sûreté qui la garantissait, les tiers, même s'ils avaient pris la précaution de se faire subroger dans l'hypothèque de la femme, voyaient leur prévoyance mise en échec si, d'aventure, la

273. Civ., 11 janvier 1927 ; *D.P.*, 1927, 1, 129 note H. Capitant ; *S.*, 1927, 1, 345 note Balleydier. Cet arrêt casse la décision de la Cour de Pau, 24 juillet 1924, *G.P.*, 1924, 2, 375. V. à ce sujet les commentaires de E. Gaudemet, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1925, p. 91 et de M. H. Solus, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1925, p. 148. Avant la Cour de cassation, la Cour de Caen (9 juillet 1862, *P.*, 1863, 809 ; *S.*, 1863, 2, 103) avait admis la validité de la renonciation à l'hypothèque en cette hypothèse.

274. Civ., 12 décembre 1921, *D.P.*, 1922, 1, 153, note H. Capitant ; *S.*, 1923, 1, 353, note E. Audinet ; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1922, p. 395 obs. E. Gaudemet. — Req., 3 juillet 1928, *D.P.*, 1929, 1, 9, note R. Savatier ; *G.P.*, 1928, 2, 328. — Dans le même sens : T. Civ., Boulogne, 27 février 1925, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1925, p. 392 obs. Solus. — T. Civ., Chateauroux 8 décembre 1936, *G.P.*, 1937, 1, 428. — T. Civ. Seine, 24 février 1937, *G.P.*, 1937, 1, 849.

275. E. Audinet, note sous Civ., 12 décembre 1921, *S.*, 1923, 1, 354.

276. Jurisprudence constante. Cf. notamment : Civ., 25 juin 1895, *D.*, 1897, 1, 553 note Léon Michel. — Req. 15 décembre 1909, *D.P.*, 1911, 1, 25, note de Loynes. — Req., 3 juillet 1928, *D.P.*, 1929, 1, 9, note R. Savatier.

séparation de corps ou le divorce était prononcé entre leurs cocontractants. Le crédit des époux ne pouvait que souffrir d'une telle situation²⁷⁷.

A la demande du notariat, cette jurisprudence a été brisée par le décret-loi du 14 juin 1938 en des termes d'ailleurs fort maladroits²⁷⁸, rectifiés par la loi du 12 mars 1953. La solution, maintenue par le décret du 4 janvier 1955, est encore réaffirmée par la loi du 13 juillet 1965 : « ... l'époux bénéficiaire de l'inscription peut consentir au profit des créanciers de l'autre époux ou de ses propres créanciers une cession de son rang ou une subrogation dans les droits résultant de son inscription. Il en est ainsi même en ce qui concerne l'hypothèque légale, ou éventuellement l'hypothèque judiciaire, garantissant la pension alimentaire allouée ou susceptible d'être allouée à la femme, pour elle ou pour ses enfants... »²⁷⁹

La question est donc désormais tranchée par la loi. Cependant il est important de noter que ces textes n'ont pas été considérés comme interprétatifs, mais bien comme introduisant une règle nouvelle²⁸⁰. Ce qui signifie que, pour les tribunaux, la solution jurisprudentielle était sûre et que c'était elle qui correspondait au jeu des principes et, en particulier, de la maxime *accessorium sequitur principalem*.

277. Cf. R. Savatier, note sous Req. 3 et 26 juillet 1928, *D.P.*, 1929, 1, 11.

278. Les renonciations, cessions ou subrogations devaient être antérieures à l'inscription de l'hypothèque légale et la renonciation de la femme devait être expresse.

279. On remarquera que le texte actuel reprend exactement la formule du décret du 4 janvier 1955 et ne vise que l'hypothèque garantissant la pension alimentaire allouée ou susceptible d'être allouée à la femme. Il y a peut-être là une inadvertance du législateur. En effet, l'hypothèque légale de la femme mariée a fait place à l'hypothèque *des époux*. Il est certes très rare, en pratique, que le mari bénéficie d'une pension alimentaire. Mais si tel était le cas et si la créance d'aliments du mari contre sa femme était garantie hypothécairement, la jurisprudence sur l'indisponibilité de l'hypothèque légale de la femme mariée semblerait devoir s'appliquer désormais à la seule hypothèque du mari. Encore convient-il d'observer que l'art. 2135 nouveau réserve à la femme le droit d'inscrire son hypothèque légale en vertu d'une clause du contrat de mariage pour garantie de « toute créance qu'elle acquiert contre son mari ». Le mari n'ayant pas reçu de prérogative symétrique, il ne semble pas qu'il puisse bénéficier dès le jour du mariage d'une hypothèque légale garantissant une éventuelle pension alimentaire. Mais le mari peut obtenir une hypothèque lorsque l'instance « tendant à faire constater une créance contre son conjoint » est engagée (art. 2137). Si la créance est alimentaire, l'hypothèque du mari est indisponible, si, du moins, on considère que les solutions de la jurisprudence, condamnées par la loi pour l'hypothèque légale de la femme, ne peuvent être atténuées.

280. Req. 7 mai 1940, *S.*, 1941, 1, 65, note L.C. — 1^{re} Civ., 17 décembre 1957, *Bull.*, 1957 I, n° 493, p. 400.

108. — Car c'est à la règle de l'accessoire que l'on songe immédiatement pour expliquer les arrêts de la Cour de cassation. Mais quel est son mécanisme ?

« L'accessoire suit le principal et n'est disponible que si le principal l'est lui-même...²⁸¹ » « La créance étant incessible, l'hypothèque qui la garantit participe à son incessibilité...²⁸² »

On peut *décrire* ainsi le *résultat* de l'application de la maxime *accessorium sequitur principale*. Mais ce n'est pas une analyse de son fonctionnement.

« L'hypothèque est, dans notre conception française, un droit par essence accessoire. Cela ne signifie pas qu'elle possède nécessairement les qualités juridiques du principal auquel elle est accolée...²⁸³ » L'hypothèque, en effet, est parfaitement distincte de la créance garantie et l'on ne voit pas comment l'accessoire et le principal, qui ne sont unis par aucun lien d'indivisibilité, devraient former un ensemble soumis à un régime juridique unique.

Si l'accessoire se colorait au seul contact du principal, il faudrait critiquer la jurisprudence selon laquelle l'hypothèque conventionnelle établie en garantie d'une créance incessible ne participait pas à ce caractère. En effet, l'origine de la sûreté ne modifie pas les termes du problème. « Nous croyons, écrivait H. Capitant, qu'il faut décider que, quelle que soit son origine, l'hypothèque servant de garantie à une créance incessible revêt toujours le même caractère d'indisponibilité. L'accessoire prend la nature du principal. La sûreté, une fois née, est liée au sort de la créance²⁸⁴. »

Il faudrait aller bien plus loin encore. Si l'accessoire « prend la nature du principal », pourquoi limiter cet effet de la maxime *accessorium sequitur principale* à la question d'indisponibilité ? On devrait décider que l'hypothèque garantissant une créance mobilière est elle-même un droit mobilier. Or, si cette idée a été soutenue²⁸⁵, elle est aujourd'hui abandonnée : « La règle *accessorium sequitur principale* n'a jamais voulu dire que l'accessoire eût forcément la même nature juridique que le principal ; un droit peut être rattaché à un autre sans perdre pour cela son caractère propre. La règle signifie simplement que l'accessoire suit le sort du principal... Bien qu'accessoires, le privilège et l'hypothèque n'en conservent pas moins leur nature propre ; la sûreté réelle, considérée en elle-même et indépendamment de la créance, est immobilière si elle a un immeuble pour objet, mobilière dans le cas

281. H. Capitant, note sous Civ., 12 décembre 1921, *D.P.*, 1922, 1, 153.

282. Pau, 24 juillet 1924, *G.P.*, 1924, 2, 375. Arrêt cassé par Civ., 11 janvier 1927 précité, *D.P.*, 1927, 1, 129 note H. Capitant ; *S.*, 1927, 1, 345, note Balleydier.

283. H. Solus, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1925, p. 149.

284. H. Capitant, note précitée sous Civ., 11 janvier 1927, *D.P.*, 1927, 1, 129.

285. Demolombe IX, n° 472 et les références.

inverse. L'hypothèque reste un droit immobilier, le gage un droit mobilier, quelle que soit la nature de la créance garantie ²⁸⁶. »

Si la créance est incapable de communiquer sa nature mobilière à l'hypothèque ²⁸⁷, pourquoi devrait-elle lui imposer son caractère incessible ?

109. — La qualité d'accessoire ne suffit pas à justifier une assimilation au principal. Certes, il existe entre l'accessoire et le principal un point de contact. Le principal fournit un support à l'accessoire. Ce support, qui fait partie de la structure de l'accessoire est d'abord un élément du principal. Dans la mesure où certains caractères de l'accessoire peuvent dépendre de cette fraction empruntée au principal, il y aura bien une influence directe du principal sur l'accessoire.

Est-ce le cas ici ?

Il est vrai que l'hypothèque ne peut exister qu'autant que demeure la créance à garantir et que s'il est possible de faire passer la sûreté au service d'une autre créance, elle reste marquée par son affectation initiale : la collocation du subrogé ne peut être supérieure à celle qu'aurait obtenue le subrogeant et l'extinction de la créance du subrogeant entraîne disparition de l'hypothèque ²⁸⁸. Il semble qu'« en réalité, la subrogation est l'affectation à la sûreté de la créance du subrogé de l'émolument à provenir de l'exercice de l'hypothèque du subrogeant. C'est le droit consenti au subrogé d'obtenir une sous-collocation préférentielle sur la collocation éventuelle du subrogeant, donc un véritable sous-hypothèque dérogeant conventionnellement à la suppression du sous-ordre... Mais alors il apparaît à l'évidence qu'un créancier hypothécaire ne peut transférer à son propre créancier, à titre de garantie, l'émolument à provenir de son hypothèque, que s'il a lui-même la capacité de disposer de cet émolument ²⁸⁹ ». Ainsi s'expliquerait l'incessibilité d'une hypothèque garantissant une créance indisponible sans qu'il soit besoin de considérer que l'accessoire emprunte automatique-

286. Beudant-Voirin XIII, n° 304.

287. Demolombe (*op. et loc. cit.*) avait bien essayé de démontrer la nature mobilière de l'hypothèque par une autre voie : « La nature d'un droit s'apprécie... par l'objet auquel il tend et qu'il doit en définitive procurer. Or l'hypothèque, qui garantit presque toujours des créances mobilières, tend à procurer de l'argent au créancier. Donc elle est mobilière comme la créance principale dont elle forme l'accessoire. » Mais c'est inexact. La distinction des droits mobiliers ou immobiliers se fait d'après l'objet auquel ils s'appliquent. Or l'objet de l'hypothèque — ce sur quoi elle porte — est l'immeuble. L'hypothèque est un droit réel portant sur un immeuble : c'est un droit immobilier.

288. Cf. H.L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, III, n° 614. — *Supra*, n° 53.

289. E. Becqué, « L'inefficacité des conventions sur l'hypothèque légale en cas d'indisponibilité des créances de la femme contre son mari », *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, p. 64.

ment la nature du principal par le seul effet de la maxime *accessorium sequitur principale*.

Mais est-ce si évident ? Même si l'on admet cette analyse de la subrogation — qui n'est d'ailleurs pas la seule possible²⁹⁰ — il n'est pas certain que l'incessibilité de la *créance* prive le créancier de la capacité de disposer de l'émolument à provenir de l'*hypothèque*. Il y a là deux sources distinctes de paiement éventuel.

D'ailleurs, ici encore, la jurisprudence qui avait admis la renonciation à une hypothèque conventionnelle garantissant une créance d'aliments deviendrait incompréhensible. Il ne paraît pas très convaincant, en effet, de se borner à expliquer la solution en disant : « Ce qu'une convention a fait, une autre convention entre les mêmes parties peut le défaire²⁹¹. Car il existe des situations d'ori-

290. Cette analyse de la subrogation donne une image saisissante de la situation. Est-ce plus qu'une image ? Tout dépend de la conception que l'on adopte au sujet de la force du lien unissant l'accessoire au principal. Voir dans la subrogation la constitution d'une sous-hypothèque suppose que l'accessoire ne puisse être détaché de son support primitif. Il n'y aurait certes pas indivisibilité, car la sûreté pourrait disparaître en laissant la créance intacte, mais une telle adéquation de l'accessoire au principal que le lien entre eux ne pourrait être rompu sans compromettre l'existence même de l'accessoire. Alors on comprendrait que la subrogation ne soit au fond qu'une *promesse* de sous-collocation préférentielle.

On peut aussi concevoir un lien moins étroit entre l'hypothèque et la créance : La sûreté est, par nature, un accessoire qui ne peut avoir d'existence indépendante, mais le lien l'unissant au principal peut être rompu sans que l'accessoire soit anéanti, pourvu qu'un autre support s'offre immédiatement à le soutenir. Il y a alors une coupure entre l'hypothèque et la créance primitivement garantie ; le subrogé exerce ses propres droits hypothécaires et ne se borne pas à recevoir des mains du subrogeant l'émolument produit par l'exercice de l'hypothèque (Cf. les références citées dans la note anonyme sous Bordeaux, 24 décembre 1912, S., 1920, 2, 94). Et ce système n'est pas contredit par le fait, incontestable, que le subrogé ne peut invoquer la sûreté que si et dans la mesure où la créance du subrogeant existe encore. En effet, un cessionnaire n'a pas plus de droits que son cédant et l'accessoire qui est né aux dimensions d'un principal déterminé ne peut être accru en trouvant ensuite un support plus vaste. L'hypothèque est soumise à une double limite : celle de la créance qui lui sert de support et celle qui lui est fixée par le titre constitutif. Ces deux limites sont distinctes, on s'en aperçoit bien si la sûreté n'est établie que pour garantir une partie seulement de la créance. Or, la subrogation ne modifie pas l'étendue qu'avait l'hypothèque à l'origine. Et il n'a pas été possible de faire naître un accessoire au delà du support qui s'offrait à lui lors de cette création. C'est pourquoi, même si la subrogation opère une véritable *transmission* de la sûreté, l'hypothèque demeure limitée par la créance primitive et ne subsiste que dans la mesure où cette créance existe.

Dans cette interprétation, il est clair qu'on ne peut rien tirer du maintien d'une certaine dépendance de l'hypothèque cédée à l'égard de la créance initialement garantie quant à une incessibilité éventuelle de la sûreté.

291. L. Balleydier, note sous Civ., 11 janvier 1927, S., 1927, 2, 345. — Il est d'ailleurs deux façons d'entendre l'argument : Rappelons que,

gine contractuelle qui sont néanmoins irréversibles. Il suffit d'évoquer le principe, longtemps affirmé, de l'immutabilité des régimes matrimoniaux²⁹²...

110. — Pourtant, les solutions auxquelles la Cour de cassation avait donné son autorité sont facilement explicables et le jeu de la maxime *accessorium sequitur principale* y apparaît fort simple.

A la Cour de Bordeaux qui avait souligné que « la créance alimentaire et l'hypothèque légale qui la garantit sont deux choses absolument distinctes » et que « ni la règle *accessorium sequitur principale*, ni l'idée qu'on ne saurait faire indirectement ce qu'on peut faire directement n'autorisent l'extension de l'incessibilité de la créance alimentaire à l'hypothèque légale, en tant qu'elle garantit cette créance²⁹³ », la Chambre civile a répondu « que la créance alimentaire peut être rendue illusoire par la disparition ou l'inefficacité de la sûreté légale qui en garantissait le recouvrement ; que la femme, en renonçant à son hypothèque ou en la rejetant à un rang trop éloigné pour qu'elle puisse produire effet utile, se dépouil-

dans l'espèce en question, un fils s'était engagé à servir à sa mère une pension alimentaire, engagement garanti par une hypothèque. La Cour de cassation a admis la validité de la cession de rang consentie par la mère au profit d'un nouveau créancier hypothécaire de son fils. — On pourrait songer à retenir exclusivement l'origine conventionnelle de l'hypothèque pour dire que les parties pouvaient défaire ce qu'elles avaient fait, argument qui ne porterait pas si l'accessoire devait emprunter le caractère incessible de la créance. — Plus subtilement, on relève alors l'origine conventionnelle de la créance d'aliments elle-même : « La mère et le fils auraient pu complètement résilier leur contrat ; la première se serait alors retrouvée armée purement et simplement de l'article 205. La situation se serait dénouée soit par une nouvelle convention, où aurait pu ne figurer aucune sûreté hypothécaire, soit par un jugement » (L. Balleydier, *loc. cit.*). La subrogation à l'hypothèque serait donc possible « parce que la créance alimentaire, dont le montant et les garanties de paiement avaient été fixées par un accord de volontés, n'était pas, sous cette forme contractuelle, soustraite absolument au droit de disposition de sa titulaire » (Planiol, Ripert, E. Becqué, XIII, n° 1306). — Au fond, ce serait encore le caractère du principal qui se communiquerait à l'accessoire.

Cependant, « le fils aurait pu ne pas consentir bénévolement une pension à sa mère et attendre d'y être condamné par le tribunal. Mais, du fait qu'il y a consenti, il ne résulte pas que la mère puisse plus tard renoncer à sa créance ou la céder à un tiers » (H. Capitant, note sous le même arrêt, *D.P.*, 1927, 1, 129). On ne voit pas bien dans quelle mesure la créance d'aliments était disponible et pourquoi, si elle ne l'était pas absolument, l'hypothèque serait, elle, devenue entièrement cessible. On en revient toujours à la même idée : Ou la sûreté emprunte à la créance son incessibilité et toute hypothèque garantissant une créance d'aliments est incessible — ou on admet parfois la subrogation à l'hypothèque et il faut renoncer à voir l'accessoire emprunter automatiquement les caractéristiques du principal.

292. Cf. Civ., 2 janvier 1924, *S.*, 1924, 1, 169, note H. Vialleton.

293. Bordeaux, 24 décembre 1912, *D.*, 1913, 2, 150 ; *S.*, 1920, 2, 92.

lerait par voie indirecte des ressources dont la loi n'a pas voulu qu'elle pût disposer directement ²⁹⁴ ».

La Cour de cassation n'invoque nullement un effet automatique de la règle de l'accessoire. Elle se borne, en réalité, à déclarer que *l'hypothèque est directement frappée d'une inaccessibilité fondée sur des motifs identiques à ceux qui ont fait considérer la créance garantie comme indisponible* ²⁹⁵. Il s'agit d'interpréter la règle suivant laquelle la créance d'aliments est incessible. L'accessoire paraît, pour la Cour de cassation, si utile au principal qu'en visant la créance on ne peut pas ne pas viser en même temps l'hypothèque.

On pourrait, semble-t-il, discuter cette appréciation de l'utilité de la sûreté.

Même pas : la loi impose la solution. C'est elle en effet qui assortit automatiquement d'une hypothèque la créance qu'elle rend incessible. La créance considérée est *nécessairement* une créance hypothécaire.

Il n'en va pas de même lorsque l'hypothèque est d'origine conventionnelle. Le droit des parents à une pension alimentaire est incessible mais « n'est assorti par la loi d'aucune sûreté spéciale ²⁹⁶ ». On ne peut dès lors tenir pour certain que les dispositions frappant la créance d'indisponibilité seraient indirectement mises en échec si la sûreté, conventionnellement établie, restait disponible ²⁹⁷. Pour justifier l'extension à l'accessoire de la règle applicable au principal, il faudrait considérer que l'utilité de la sûreté est telle que, sans l'avoir dit, le législateur a sûrement entendu frapper d'indisponibilité cet accessoire lorsqu'il existe ²⁹⁸. Telle n'a pas été l'appréciation de la jurisprudence.

294. Civ., 12 décembre 1921, *D.P.*, 1922, 1, 153, note Capitant ; *S.*, 1923, 1, 353, note Audinet, précité.

295. Rapp. la note anonyme sous l'arrêt cassé, *S.*, 1920, 1, 93.

296. Civ., 11 janvier 1927, *D.P.*, 1927, 1, 129 note H. Capitant ; *S.*, 1927, 1, 345 note L. Balleydier, précité.

297. Cf. E. Gaudemet, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1925, p. 93 ; H. Solus, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1925, p. 150 et p. 392, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1927, p. 493.

298. Pour une application de ce raisonnement dans un autre domaine, cf. T. Par. Arr. Agen, 1^{er} décembre 1947, *J.C.P.*, 1948, N. II 4614, note P. Voirin. Il s'agissait de savoir si la règle du « tiercement », imposée par la loi pour le partage des fruits de l'exploitation entre le bailleur et le métayer, devait être appliquée au partage du croît des animaux confiés au métayer en vertu d'un contrat de cheptel, accessoire du contrat de métayage. Il ne suffit pas de relever le caractère accessoire du contrat de cheptel pour que lui soit applicable automatiquement le régime juridique du contrat principal. Il s'agit seulement de déterminer si les textes relatifs au partage des fruits de la métairie doivent être interprétés comme visant implicitement le partage du croît des animaux. Or le contrat de cheptel n'est pas un accessoire nécessaire du contrat de métayage, le propriétaire, dans de nombreux cas, ne fournissant aucun cheptel. De plus, en prévoyant une proportion différente pour le partage des profits du cheptel pour celui des fruits, les parties ne compromettent pas l'affectation du cheptel à l'exploitation rurale. « On commettrait

111. — On comprend que la solution ait pu heurter. Car l'utilité de l'hypothèque n'est, en fait, pas très différente dans un cas et dans l'autre. Mais si la Cour de cassation était libre d'apprécier cette utilité pour l'hypothèque conventionnelle, elle ne l'était plus pour l'hypothèque légale. On s'aperçoit alors qu'un certain glissement s'opère, en réalité, dans le raisonnement. S'il fallait considérer que la règle de l'incessibilité s'étendait à l'hypothèque qui était *l'accessoire nécessaire* de la créance, il était possible de distinguer deux sens du mot « nécessaire ». Il y a d'abord le sens habituel du terme, qui caractérise l'utilité extrême de l'accessoire. Et il est bien vrai qu'il est normal de décider que lorsque le législateur vise le principal pour le soumettre à une règle particulière, il a dû inclure dans ses prévisions l'accessoire nécessaire. Sans quoi la règle perdrait son sens ; elle aboutirait à séparer le principal et l'accessoire ; c'est-à-dire qu'elle ruinerait l'efficacité du principal lui-même. C'est pourquoi, si l'absence de garantie hypothécaire avait dû *effectivement* rendre la créance illusoire, il aurait fallu étendre l'incessibilité de la créance à l'hypothèque quelle que fût son origine.

Ce n'est pas la seule façon possible d'entendre ici le mot « nécessaire ». En attachant automatiquement l'hypothèque légale aux créances de la femme mariée, le législateur avait sans doute, jugé que cette sûreté présentait un intérêt considérable. Est-ce à dire qu'il ait cru que les créances ne pourraient absolument pas être efficaces sans cette garantie ? Ce n'est pas certain. Mais en créant lui-même l'hypothèque légale, il en faisait un accessoire « nécessaire » des créances en ce sens que la *sûreté les accompagnait inévitablement*. Cela signifie que la loi ne pouvait décider de frapper d'incessibilité une créance « nécessairement » garantie par l'hypothèque légale, sans devoir prendre cette dernière en considé-

un singulier abus du concept de l'accessoire en en tirant argument pour calquer les règles du partage du croît des animaux sur celles du partage des fruits du domaine » (P. Voirin, note précitée).

La question, toutefois, rebondit si l'on considère que le bétail, nourri sur le fonds, en tire sa subsistance, de telle sorte que le croît des animaux semble bien être un accessoire « par production » du domaine. (Sur les conséquences de ce lien de « production » en matière d'immobilisation par destination, cf. *infra*, n° 254, note 215). Si l'accroissement du cheptel *représente* des fruits de la métairie, puisque les fruits sont régis par la règle du « tiercement », le partage des animaux entre le métayer et le bailleur devrait être soumis à la même règle. Mais « il est permis de se demander si les fruits ainsi *investis* dans l'exploitation sont « partageables ». Le croît du cheptel est moins un fruit de la métairie que le résultat de la transformation des fruits du domaine. Par le fait de leur investissement, ils ont perdu leur forme, leur individualité... Du fait de la transformation, le lien de filiation entre le croît des animaux et les fruits qui ont été utilisés pour leur production est rompu » (P. Voirin, note précitée).

C'est donc à juste titre que la Cour de cassation a refusé d'imposer l'extension au contrat de cheptel de la règle du « tiercement » écrite pour le contrat de métayage principal (Soc., 13 mai 1949, *D.*, 1949, 313, note J.L.).

ration. Il fallait donc admettre qu'en visant le principal elle visait l'accessoire. Dans cette optique le terme « nécessaire » ne qualifie pas le degré d'utilité de l'accessoire mais désigne le caractère automatique et inéluctable de la présence de l'accessoire aux côtés du principal. Au regard de l'interprétation de la loi régissant le principal, le résultat est le même : le législateur ne peut avoir laissé l'accessoire de côté. Mais ce déplacement de la justification correspond sans doute mieux à la réalité, car on peut douter que la créance alimentaire de la femme soit dépourvue d'intérêt, une fois privée de la garantie hypothécaire, alors que la créance alimentaire des parents n'est pas considérée comme inefficace lorsqu'elle n'est pas munie de sûreté.

La solution des arrêts reposait sur une interprétation de la loi guidée par la maxime *accessorium sequitur principale*. Lorsque la loi elle-même est venue soustraire à l'incessibilité l'hypothèque légale garantissant les créances alimentaires de la femme mariée, elle a posé une règle nouvelle. C'était la loi qui avait décidé cette indisponibilité, c'est la loi qui l'a levée.

Mais, ce faisant, des distances étaient prises à l'égard du caractère « nécessaire » de la présence de l'accessoire aux côtés du principal. La logique du système était alors de faire de l'hypothèque légale une sûreté de moins en moins automatique. C'est ce qui s'est produit avec l'abandon de la rétroactivité des effets de l'inscription, puis par l'amenuisement du domaine de ce qui n'est plus désormais qu'une possibilité d'hypothèque. L'hypothèque légale n'est plus systématiquement attachée aux créances de la femme mariée et le législateur a définitivement banni les illusions que l'on pouvait entretenir sur le degré d'utilité de cette sûreté. Il est maintenant rationnel de dire que la règle de l'indisponibilité des créances alimentaires ne doit pas s'étendre aux accessoires.

112. — On aurait dû alors ressentir une gêne à voir cette dernière solution adoptée alors que les conditions d'application de la maxime *accessorium sequitur principale* n'avaient pas encore disparu. Or, si l'on a regretté les vices de rédaction du décret-loi de 1938²⁹⁹, la contradiction apportée à la règle de l'accessoire n'a pas heurté. Cette situation s'explique.

L'hypothèque légale de la femme mariée, telle qu'elle était organisée alors, fournissait un exemple remarquable de « l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques³⁰⁰ ». Gênante pour le crédit du mari, elle avait trouvé un rôle dérivé en devenant, grâce au mécanisme de la subrogation accordée par la femme pour les opération qu'elle approuvait, un procédé technique permettant à la femme de participer aux affaires de la famille. Déclarer incessible l'hypothèque légale garantissant une créance incessible reve-

299. Cf. la note signée L.C., sous Req. 7 mai 1940, S., 1941, 1, 65.

300. R. Perrot, thèse, n° 54 s.

nait à entraver cette nouvelle mission de la sûreté. En effet, « pour que l'hypothèque légale soit, entre les mains de la femme, un efficace moyen de pression sur la gestion du ménage par le mari, il faut que la renonciation de celle-ci soit totale et définitive³⁰¹ ». Sans quoi, les créanciers du mari auraient peu d'intérêt à demander une telle renonciation³⁰².

Cela signifie que la directive d'interprétation fournie par la maxime *accessorium sequitur principale* ne correspondait plus au but nouveau de l'institution. Le raisonnement logique était établi sur des bases qui se révélaient de plus en plus artificielles.

Était-ce suffisant pour justifier un renversement de la solution sans le secours d'un texte ? Si la souplesse de la technique de l'interprétation permet bien des adaptations, les revirements de jurisprudence sont toujours délicats. Le législateur a lui-même résolu le dilemme. Il aurait été vain de vouloir défendre une règle qui portait à faux.

Cette évolution est particulièrement instructive. On s'aperçoit en effet que lorsqu'il s'agit d'appliquer à l'accessoire une disposition concernant le principal, la maxime *accessorium sequitur principale* n'a rien d'automatique. Elle se borne à traduire un raisonnement dont les bases doivent être recherchées dans l'examen du rapport d'accessoire à principal. Il y a plus. Soumettre l'accessoire à une règle élaborée pour le principal revient à modifier partiellement le régime que postulait la nature juridique propre de l'accessoire. Or ce régime peut opposer une résistance plus ou moins vive qu'il faut mesurer. Normalement, le principe de libre disponibilité des biens s'applique à l'hypothèque. La déclarer incessible était refouler ce principe. On peut admettre qu'il ne présentait pas en la matière une vigueur telle qu'elle mît obstacle à la règle de l'accessoire³⁰³. Mais une fois reconnu que l'intérêt essentiel de l'hypothèque légale de la femme mariée résidait précisément dans la faculté de disposition reconnue à la femme qui l'associait indirectement à la gestion du mari, cette pièce du régime normal de l'hypothèque présentait une importance telle qu'il devenait plus malaisé d'expliquer que le législateur avait entendu l'exclure.

L'extension à l'accessoire d'une partie du régime du principal est en réalité l'issue d'un débat dans lequel intervient non seulement l'intérêt qui s'attache à une solution qui évite la rupture entre

301. *Ibid.*, n° 90.

302. V. cependant, R. Savatier, note sous Req. 3 juillet 1928, *D.P.*, 1929, 1, 9.

303. Ainsi a-t-il été admis que l'indisponibilité de l'hypothèque pouvait être établie par une manifestation de volonté expresse (Lyon, 28 avril 1869, *S.*, 1870, 2, 52. — Cf. H. Solus, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1925, p. 151). « Attendu, dit la Cour de Limoges (23 février 1906, sous *Civ.*, 20 mars 1907, *D.P.*, 1909, 1, 217, note A. Duparcq) que le principe de la libre circulation des biens n'est pas tellement absolu qu'il ne doive ou ne puisse se concilier avec d'autres principes également respectables... »

l'accessoire et le principal, mais aussi la résistance opposée par le régime propre de l'accessoire à l'introduction d'une règle hétérogène. Un autre exemple permettra mieux d'illustrer cet aspect du mécanisme de la règle de l'accessoire.

B. — L'atténuation de la résistance opposée par le régime de l'accessoire

113. — Lorsque, interprétant la portée des actes juridiques ou de la loi, on décide que l'accessoire suit le sort du principal, il s'agit d'un *choix* entre deux solutions a priori concevables :

— Par hypothèse, rien n'a été dit au sujet de l'accessoire. Il semble donc devoir rester en dehors du champ d'application de la règle considérée.

— Mais d'un autre côté, l'existence du rapport d'accessoire à principal peut justifier que, par un effort d'interprétation, on considère qu'en touchant le principal on atteint en même temps l'accessoire.

La maxime *accessorium sequitur principale* offre toujours un raisonnement en ce sens. Mais elle ne suffit pas à l'imposer. Si telle est la solution retenue, c'est que le rapport des forces en présence était inégal et que la règle de l'accessoire n'a pas rencontré une résistance invincible.

Cette résistance existe toujours.

C'est, au moins, l'*inertie* qu'oppose l'accessoire qui n'a pas été expressément visé par un acte juridique portant sur le principal.

Ce peut être bien davantage. L'accessoire, étant individualisé, est, en principe, soumis à un régime conforme à sa nature. C'est y déroger qu'étendre à l'accessoire une règle établie en considération des caractéristiques propres du principal. Pour décider que le législateur a entendu le faire, *bien qu'il ne l'ait pas dit expressément*, il faut un intérêt particulièrement puissant, à moins que la règle normalement applicable à l'accessoire, et qu'il s'agit d'évincer, ne soit pas profondément ancrée dans sa nature ou mérite d'être repoussée chaque fois qu'une occasion s'en présente.

C'est ainsi que la maxime *accessorium sequitur principale* est utilisée pour refouler la prohibition des pactes sur succession future, à propos de la clause pénale dans la donation-partage.

114. — Fréquemment, les partages d'ascendant sont assortis d'une clause pénale par laquelle l'ascendant déclare priver conditionnellement de toute part dans la quotité disponible celui de ses descendants qui poursuivrait l'annulation du partage. Cette clause opère donc disposition conditionnelle d'une fraction de la succession envisagée comme telle, puisque la quotité disponible ne pourra être dégaillée qu'au décès.

Insérée dans un testament, sa validité n'offre aucune difficulté,

car le testament est un cadre propre à accueillir des dispositions à cause de mort³⁰⁴.

Insérée dans une donation-partage, acte entre vifs, la clause pénale apparaît comme un pacte sur succession future. Mais « la donation-partage, acte complexe, comporte... un règlement éventuel de la succession du disposant³⁰⁵ ». Elle renferme un pacte sur succession future exceptionnellement autorisé et même, dans une certaine mesure, encouragé par le législateur³⁰⁶. « Le pacte sur succession future qui caractérise la donation-partage serait-il un passeport valable pour le pacte sur succession future qu'implique la cause pénale³⁰⁷ ? ».

M. le doyen Voirin, qui a posé lui-même cette question y a répondu avec sa rigueur habituelle et nous ne pouvons que reprendre des passages de l'étude approfondie qu'il a consacrée à cette discussion³⁰⁸, en nous efforçant seulement de souligner l'articulation de cette analyse pénétrante avec la maxime *accessorium sequitur principale* telle que nous la concevons.

Il est certain que, bien qu'elle figure dans le cadre normal de la donation-partage, la clause pénale n'est pas elle-même une donation-partage ou un élément constitutif de celle-ci. « La clause pénale réalise une *disposition de biens* éventuelle et conditionnelle. Au contraire, la donation-partage renferme un pacte sur succession future qui ne concerne que le partage, à l'exclusion de toutes dispositions de biens (la disposition de biens étant opérée actuellement et irrévocablement par le mode de la donation)... Les deux pactes considérés sont nettement distincts, quant à la nature de l'opération³⁰⁹ ».

Or, si la donation-partage est un pacte sur succession future autorisé, aucune immunité n'est expressément accordée à la clause pénale. Faut-il conclure à sa nullité ? « Il en va des pactes sur succession future comme des privilèges ; pas plus ceux-là que ceux-ci ne doivent être admis sans texte³¹⁰. » A quel titre la clause pénale pourrait-elle échapper à la rigueur de la prohibition légale ? A titre d'accessoire du pacte sur succession future licite qu'est la donation-partage. Car si elle n'est pas un élément de la donation-partage, du moins la clause pénale est-elle affectée à son service. La menace de priver les héritiers de leur part dans la quotité disponible tend à les dissuader de critiquer le partage. Cette pression exercée sur les copartageants renforce la stabilité de l'opération. Ce surcroît de

304. Cf. P. Voirin, note sous T.G.I. Valenciennes, 22 mars 1962, *J.C.P.*, 1962, II, 12937.

305. Planiol, Ripert, Trabat et Loussouarn, V, n° 819.

306. J. Boulanger, *Encycl. Dalloz*, V° pacte sur succession future, n° 48.

307. P. Voirin, note sous Lyon, 6 mai 1952, *J.C.P.*, 1953, II, 7760.

308. Note précitée, *J.C.P.*, 1953, II, 7760.

309. *Ibid.*

310. *Ibid.*

sécurité offert à la donation-partage est le but de la clause pénale. On reconnaît là une caractéristique de l'accessoire.

Est-ce suffisant pour faire échapper la clause pénale à la prohibition des pactes sur succession future ? La pratique judiciaire l'admet, sans guère s'expliquer d'ailleurs sur cette conséquence du rapport d'accessoire à principal.

Il semble que les tribunaux considèrent qu'il s'agit là d'une influence directe du principal sur l'accessoire, d'une participation de l'accessoire aux qualités juridiques du principal. Mais rien ne permet de justifier une telle osmose entre le principal et l'accessoire.

Le raisonnement de M. Voirin est autre. Partant de cette certitude qu'il ne peut être question d'étendre l'immunité dont bénéficie la donation-partage à d'autres pactes qui n'ont rien de commun avec elle, le savant auteur examine la situation des pactes qui peuvent, à des titres divers être rapprochés de la donation-partage quant au fond et non pas seulement par leur insertion dans le même *instrumentum*.

C'est d'abord le cas des pactes qui présenteraient avec la donation-partage une certaine *analogie*. Là, pas de discussion possible : « Pas plus d'immunité que de privilège sans texte. Cette règle, dans l'un ou l'autre domaine, condamne toute extension par analogie. »

C'est aussi le cas des pactes accessoires. Ici, M. Voirin distingue « parmi les pactes accessoires, ceux qui sont la suite nécessaire du pacte autorisé, et ceux qui peuvent être utiles à la mise à effet de ce pacte, sans être cependant indispensables ». Les premiers doivent échapper à la prohibition³¹¹. « Mais lorsque, au concept de la nécessité, se substitue celui de la simple utilité, l'extension de l'immunité à un pacte accessoire se justifie moins bien. »

115. — Cette démarche nous paraît significative. Elle place la règle de l'accessoire sur son véritable terrain. Si un pacte accessoire peut bénéficier de l'immunité accordée au principal, ce n'est pas par l'effet d'une participation plus ou moins mystérieuse de l'accessoire à la nature du principal, mais bien par un effort d'*interprétation* de la loi faisant échapper ce principal à la nullité des pactes sur succession future. Comme l'argument d'analogie, la maxime *accessorium sequitur principale* intervient à titre de direc-

311. M. Voirin cite l'exemple de la clause de conservation d'un fonds de commerce, sous l'empire de la législation antérieure à la levée générale de la prohibition de tels pactes sur succession future par la loi du 13 juillet 1965 : « L'immunité octroyée à la clause dite commerciale, lorsqu'elle s'analyse en un préciput à titre onéreux entre époux communs en biens ou encore en une institution contractuelle licite, est extensible à la promesse d'un bail sur l'immeuble où le fonds de commerce est exploité, lorsque cet immeuble ne ressortit pas à la même masse de biens que le fonds ; car la conclusion de ce bail est généralement une condition essentielle à l'efficacité pratique du pacte sur succession future autorisé ; la promesse de bail en est l'accessoire nécessaire. »

tive d'interprétation. Mais le raisonnement présente une plus grande vigueur, qui permet de tirer davantage d'effets du texte : voici un pacte sur succession future licite qui ne peut être efficace qu'au moyen d'un autre pacte sur succession future, non expressément visé par la disposition légale écartant la prohibition. N'est-il pas logique de considérer que la loi, en octroyant une immunité, a entendu permettre la réalisation effective de l'opération jugée digne de cette faveur et, par conséquent, a dû prendre la même mesure au profit de l'accessoire ? Une interprétation trop étroite du texte reviendrait à le priver de sa portée pratique.

Si cette argumentation est convaincante lorsqu'il s'agit d'un accessoire nécessaire, elle est loin d'avoir la même force en présence d'un accessoire seulement utile. Dans ce dernier cas, la maxime *accessorium sequitur principale* s'apparente au raisonnement par analogie.

Or, la clause pénale n'est pas indispensable à l'efficacité de la donation-partage. Son utilité est même assez réduite. Elle « freine sans les paralyser les actions en nullité ». Le rempart dressé par la clause pénale n'est pas infranchissable. Rien ne garantit que les héritiers céderont à la menace ³¹².

Dès lors, la nullité de la clause paraît s'imposer. « Lorsqu'elle figure dans une donation-partage, la clause pénale n'est pas autre chose qu'une institution contractuelle, conclue dans un cas où la loi ne l'autorise pas. La marge de sécurité que trace la règle de l'accessoire à l'entour des frontières de la licéité, en les reculant, est ainsi nettement dépassée ³¹³ ».

116. — Sans pour autant trouver une justification incontestable en droit, la position des tribunaux s'explique cependant. Faire profiter la clause pénale d'une dérogation à la prohibition des pactes sur succession future dont bénéficie la donation-partage est, sans doute, faire application positive à l'accessoire d'une règle régissant le principal. Et tel est bien le sens de la maxime *accessorium sequitur principale*. Mais, si la clause pénale échappe à la nullité, on peut aussi y voir l'élimination d'une règle à laquelle l'accessoire aurait dû être soumis. Les tribunaux ont peut-être été surtout sensibles à cet aspect *négatif* de la solution.

La rigueur de la loi à l'égard des pactes sur succession future est souvent ressentie comme une gêne inutile ³¹⁴. Vestige d'un ordre public politique dépassé, elle a dégénéré « en une pure question

312. Il est d'ailleurs à noter que la clause pénale ne peut porter atteinte à la réserve et sa portée s'en trouve souvent réduite : La lésion de plus du quart correspond fréquemment à la privation d'un des enfants d'une partie de sa réserve (cf. P. Gervésie et M. Chavrier note sous Lyon, 5 mai 1952, *D.*, 1953, 169. — T.G.I., Laval, 25 mai 1965, *G.P.*, 1965, 2, 304 ; *J.C.P.*, 1966, II, 14650 note P. Voirin).

313. P. Voirin, note précitée, *J.C.P.*, 1953, II, 7760.

314. H.L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, IV, n° 692.

de technique juridique³¹⁵ ». Et une technique qui ne vit que sur elle-même n'est pas un obstacle bien sérieux. Le caractère artificiel d'une règle qui n'est pas vivifiée par le but qu'elle est destinée à servir, l'expose à tous les efforts de réduction.

Faire jouer la maxime *accessorium sequitur principale* pour obtenir la validité de la clause pénale dans la donation-partage revient à considérer que la prohibition des pactes sur succession future est assez périmée pour devoir céder dès qu'un intérêt sérieux se manifeste en ce sens. Car si un accessoire, même simplement utile, a vocation à suivre le sort du principal afin de ne pas être séparé de son support, encore faut-il que les règles qui lui sont applicables n'opposent pas une résistance trop vive.

On peut douter que les tribunaux soient disposés à affirmer ouvertement que la nullité des pactes sur succession future est un archaïsme que l'on peut aisément abandonner. C'est pourtant ce qu'implique leur appréciation des forces en présence qui conditionne l'application de la règle de l'accessoire. La clause pénale n'est pas un accessoire nécessaire. Pour qu'elle profite de la validité de la donation-partage, il faut considérer comme négligeable la résistance que pourrait opposer à la maxime *accessorium sequitur principale* le principe de l'interdiction des pactes sur succession future.

Il devient dès lors difficile de dire si la jurisprudence se borne à constater l'évolution ou si elle utilise la règle de l'accessoire au delà de la simple interprétation des textes comme un instrument au service d'une certaine politique juridique. La maxime *accessorium sequitur principale* apparaît en effet comme un moyen commode pour éliminer la prohibition légale, mais aussi pour la faire reparaitre en temps utile afin d'éviter que la validité de la clause pénale n'aboutisse à des résultats excessifs.

Car toutes les difficultés ne sont pas résolues par l'affirmation du principe de la licéité de la clause pénale. Il faut encore se demander quelle peut être son efficacité pratique.

117. — A première vue, cette efficacité paraît assez illusoire.

La clause pénale a, en réalité, *un double but*. Elle tend d'abord à dissuader les héritiers d'attaquer le partage. C'est en ce sens que, destinée à renforcer la stabilité de la donation-partage, elle est affectée à son service et en est un accessoire. Elle répond en outre à un but subsidiaire. Lorsque, en dépit de la menace, un héritier intente une action en nullité contre le partage, elle vise à lui infliger une sanction. En insérant la clause pénale dans la donation-partage, le de cujus a sans doute espéré qu'elle ne jouerait pas ; mais il a prévu son application éventuelle, recherchant par là une satisfaction qui s'apparente à une vengeance.

315. J. Boulanger, *Encycl. Dalloz*, V° Pacte sur succession future, n° 17.

Dès lors, il apparaît que la clause pénale n'est accessoire que par son premier but et que ce but venant à défaillir, elle cesse d'être accessoire par affectation.

Or, ce but manque *dès l'instant* qu'une action est intentée contre le partage, avant même d'en connaître l'issue. La clause pénale n'a pas rendu au principal le service attendu, ou, du moins si elle a peut-être écarté certaines actions, elle n'a pu les empêcher toutes. En tout cas, désormais, la clause pénale ne peut plus servir à la donation-partage qui va subir l'examen judiciaire que le de cujus cherchait à éviter. On passe alors à la deuxième phase du rôle de la clause pénale. Elle devient sanction. Mais, ainsi isolée, peut-elle encore échapper à la prohibition des pactes sur succession future ?

Il est bien évident que si le simple fait d'agir en nullité contre le partage faisait tomber la clause pénale, elle perdrait tout pouvoir intimidant, puisque les héritiers sauraient qu'elle ne pourra *jamaïs* être appliquée.

Pour éviter cette conséquence, il faut décider que l'immunité accordée à la clause pénale, à titre d'accessoire de la donation-partage, lui est *définitivement acquise*. Si on estime que c'est à raison de son utilité pour le principal que le législateur a fait échapper l'accessoire à la nullité, il serait absurde de ruiner d'avance cette utilité. La clause pénale ne peut être décomposée. Elle est globalement un pacte licite.

Est-ce à dire que la clause pénale jouera en toutes hypothèses ?

On pourrait le croire. Mais la maxime *accessorium sequitur principale* reprend ici ses droits.

118. — Les tribunaux tendent actuellement à admettre « que le sort de la clause pénale est intimement lié à celui du partage ; que si celui-ci est validé, elle produira son effet ; qu'elle sera nulle s'il est rescindé ³¹⁶ » « qu'elle ne saurait survivre à l'acte qui la contient si celui-ci doit être annulé comme lésionnaire... ; qu'il faut donc en premier lieu apprécier la validité du partage lui-même, sans faire jouer la sanction édictée par le de cujus et ne décider qu'ensuite de l'application ou de la non-application de cette sanction ³¹⁷ ». Ainsi, « la clause pénale dépend du partage, y puise toute sa force ; elle doit nécessairement en suivre le sort ; le partage étant annulé, elle tombe par contre-coup ou se dessèche, comme le rameau lorsque le tronc d'arbre est abattu ³¹⁸ ».

316. Lyon, 6 mai 1952, *J.C.P.*, 1953, II, 7760 note P. Voirin ; *D.*, 1953, 169 note P. Gervésie et M. Chavrier, précité. — A. Pellegrin, *De la nature juridique du partage d'ascendant*, thèse, Grenoble, 1960, n° 67.

317. T.G.I., Laval, 25 mai 1965, *G.P.*, 1965, 2, 304 ; *J.C.P.*, 1966, II, 14650, note P. Voirin, précité.

318. P. Voirin, note précitée, *J.C.P.*, 1953, II, 7760. — Cette situation ne concerne que la clause pénale insérée dans la donation-partage. La clause pénale figurant dans un testament-partage, ne tirant pas sa vali-

On reconnaît là un des aspects de la maxime *accessorium sequitur principale* : le principal entraîne l'accessoire dans sa chute. Mais nous avons vu que, pour invoquer la règle de l'accessoire en ce sens, il était nécessaire de mesurer avec précision le lien de dépendance de l'accessoire à l'égard du principal³¹⁹.

Sans doute verrait-on assez mal un accessoire emprunter sa validité à un principal lui-même nul.

Cependant, les causes de nullité sont distinctes. La clause pénale retombe sous le coup de la prohibition des pactes sur succession future, tandis que le partage est rescindé pour lésion. Si l'on a jugé que les caractéristiques de la clause pénale devaient la faire bénéficier de l'immunité accordée à la donation-partage, la situation n'est-elle pas toujours la même ? La nullité des pactes sur succession future n'a aucune prise sur la donation-partage, fût-elle lésionnaire. La clause pénale ne pourrait-elle, dès lors, survivre à la disparition du principal ? Toute l'explication tient dans la rétroactivité de la nullité du partage. Une fois la rescision prononcée, il faut considérer qu'il n'y a jamais eu de partage. La donation-partage est, aux termes de l'article 1078 alinéa 4, convertie en donations par avancement d'hoirie. Or si l'on peut discuter le point de savoir si l'avancement d'hoirie est lui-même un pacte sur succession future autorisé³²⁰, il est certain que la clause pénale n'est pas un accessoire de l'avancement d'hoirie et ne pourrait prétendre à se voir appliquer l'immunité dont profiterait la donation. La clause pénale était accessoire du partage. L'annulation du partage fait disparaître rétroactivement le principal qu'elle devait servir. La clause pénale, qui devait freiner les actions en nullité contre le partage, frappe dans le vide. Il n'y a pas, il n'y a jamais eu de principal à défendre.

N'étant pas au service d'un pacte sur succession future licite, la clause pénale, isolée, n'a aucun titre à bénéficier d'une immunité.

L'argument est très technique ; trop peut-être, si cette résurgence de la prohibition des pactes sur succession future n'apparaissait opportune. Or, s'il n'est guère choquant de voir la clause pénale « sanctionner une contestation abusive de la part d'un héritier qui se prétend à tort désavantagé..., au cas où le partage est

dité de sa position d'accessoire, pourra s'appliquer quelle que soit l'issue de l'action dirigée contre le partage. « Ainsi, la situation du descendant qui attaque le partage, sous la menace de la clause pénale, est-elle très différente suivant le mode adopté par l'ascendant. A-t-il utilisé le mode entre vifs, l'enfant qui aura attaqué le partage avec succès échappera à l'application de la peine. En revanche, si l'ascendant avait choisi le mode testamentaire, ledit enfant subira l'effet de la clause pénale aussi bien lorsqu'il perd son procès que lorsqu'il le gagne. » (P. Voirin, note précitée, *J.C.P.*, 1966, II, 14650.)

319. *Supra*, n° 41 s.

320. A. Leuck, *De la nature juridique de l'avancement d'hoirie*, thèse, Nancy, 1966.

effectivement lésionnaire... elle permettrait à l'ascendant donateur d'enfreindre la règle de l'égalité entre les cohéritiers, et aurait même pour effet d'une façon paradoxale d'aggraver la situation de celui d'entre eux qui s'est trouvé lésé, le vice d'inégalité affectant le partage étant, non pas corrigé, mais augmenté³²¹ ». La maxime *accessorium sequitur principale* et la nullité des pactes sur succession future surviennent donc fort à propos pour déjouer la manœuvre de l'ascendant cherchant à « désavantager sournoisement un de ses enfants sous l'affirmation fallacieuse du maintien de l'égalité entre tous³²² ».

119. — De ceci se dégage l'impression que la règle de l'accessoire est utilisée tantôt pour évincer la nullité des pactes sur succession future, tantôt pour mettre en œuvre la prohibition, davantage en fonction des résultats recherchés qu'à la suite d'une analyse rigoureuse. Insensiblement on passe de la simple application de la « règle de bon sens », donnant des directives d'interprétation, à l'emploi d'un mécanisme technique au service d'une politique juridique. Les frontières entre l'interprétation et l'établissement des règles nouvelles sont délicates à tracer³²³. L'appréciation du point d'équilibre entre la vocation de l'accessoire à suivre le sort du principal et la résistance opposée par le régime propre de l'accessoire

321. T.G.I., Laval, 25 mai 1965, *G.P.*, 1965, 2, 304 ; *J.C.P.*, 1966, II, 14650, note P. Voirin, précité.

322. Lyon, 6 mai 1952, *J.C.P.*, 1953, II, 7760, note P. Voirin ; *D.*, 1953, 169, note P. Gervésie et M. Chavrier, précité.

323. Un autre exemple de la difficulté de fixer les limites légitimes de l'interprétation est fourni par la question de la détermination du tribunal compétent pour connaître d'un litige relatif à un contrat accessoire, lorsque le contrat principal et le contrat accessoire devraient, à raison de leur nature, être soumis à des juges différents. Comme l'examen du contrat accessoire suppose examen du contrat principal, on peut interpréter les textes comme étendant la compétence du tribunal apte à juger le principal, aux difficultés relatives à l'accessoire (cf. pour la fourniture de logement accessoire du contrat de travail, en faveur de la compétence de la juridiction prud'homale Soc. 25 octobre 1951, *J.C.P.*, 1952, II, 7185, note G. Vivier). Cette solution a été adoptée, le 18 juillet 1952 par le tribunal paritaire des baux ruraux de Mont-de-Marsan qui s'est déclaré incompétent pour connaître d'une question touchant à un bail rural accessoire d'un contrat de gemmage de pins (*J.C.P.*, 1952, II, 7301 note R. Courrégelongue). Mais on peut se demander si en présence du caractère farouchement exclusif alors attribué à la compétence des tribunaux paritaires des baux ruraux, la résistance du statut de l'accessoire n'a pas été sous-estimée (cf. H. Solus, « Le statut hérétique des tribunaux paritaires », *D.*, 1950 chron. 153 s. — R. Savatier, « La réforme judiciaire et la compétence des tribunaux paritaires de baux ruraux », *D.*, 1960 chron. 127 s. — L. Mourgeon, « La compétence des tribunaux paritaires de baux ruraux depuis le décret du 22 décembre 1958 », *G.P.*, 1959, 1, doct. 85, 1959, 2, doct. 48 ; 1962, 2, doct. 3. — G. Rives, « La compétence d'attribution des tribunaux paritaires », *J.C.P.*, 1964, 1, 1839. — J. Fombeurre, « Faut-il supprimer les tribunaux paritaires ? » *Rev. prat. de législ. agricole*, 1965, p. 94 s.).

recèle une part d'arbitraire. Or c'est là que se situe la limite de ce qu'il est possible de tirer de la maxime *accessorium sequitur principale*, simple règle d'interprétation. On conçoit qu'il soit aisé de franchir cette limite. C'est ainsi qu'en permettant l'affirmation de la validité de la clause pénale dans la donation-partage la règle de l'accessoire couvre un travail de sape dirigé contre le principe de la prohibition des pactes sur succession future, tout en offrant le procédé technique apte à maintenir les résultats obtenus dans des bornes raisonnables.

Il faut en tout cas noter que, lorsque la maxime *accessorium sequitur principale* est invoquée pour justifier un certain alignement du régime de l'accessoire sur celui du principal, il ne s'agit pas de la simple constatation de la « nature des choses ». L'accessoire ne participe pas aux qualités juridiques du principal par l'effet de cette osmose où l'on voudrait souvent voir la justification des solutions auxquelles aboutit la règle de l'accessoire. Cette mystérieuse « coloration » de l'accessoire au contact du principal n'existe pas, à moins qu'on exprime par là le *résultat* de l'application logique de règles techniques classiques que le raisonnement met en œuvre en tenant simplement compte de cette donnée qu'est le rapport d'accessoire à principal.

La meilleure preuve en est que la même méthode aboutit parfois à appliquer à l'accessoire des règles totalement différentes de celles qui régissent le principal. Une telle situation serait inexplicable par l'idée d'une communication directe à l'accessoire des caractères du principal et pourtant, loin de contredire la maxime *accessorium sequitur principale*, elle en est une application.

§ 2. — L'application à l'accessoire d'un régime original.

Il faut des circonstances exceptionnelles pour que l'interprétation des textes conforme aux vœux de la règle de l'accessoire aboutisse à donner à l'accessoire une condition nouvelle qui ne soit cependant pas calquée sur celle du principal. Tel est le cas de l'accessoire commun à plusieurs biens principaux. Cet accessoire peut se trouver dans l'indivision alors que chaque principal fait l'objet d'une appropriation privative. A ce stade, on ne peut évidemment dire que l'accessoire suit le sort du principal. Et pourtant la maxime *accessorium sequitur principale* contribue à justifier un tel résultat. il est aisé de le montrer. Mais, comme c'est souvent le cas, ce sont les limites de la règle de l'accessoire qui sont difficiles à tracer.

A. — Le mécanisme de la règle de l'accessoire et l'indivision forcée

120. — L'hypothèse est classique et bien connue : un chemin unique permet d'accéder à deux maisons appartenant au même propriétaire. Celui-ci décède, laissant deux héritiers. Les partage attribue une maison à chacun d'eux. Mais le chemin, accessoire com-

mun des deux maisons demeurera dans l'indivision entre les propriétaires de celles-ci.

La doctrine et la jurisprudence admettent que se trouvent ainsi en état d'indivision forcée perpétuelle des allées, cours, puits, lavoirs, abreuvoirs, etc. « qui sont affectés comme accessoires indispensables à l'usage commun de deux ou plusieurs immeubles appartenant à des propriétaires différents ³²⁴ ».

A première vue, cette solution semble contredire la maxime *accessorium sequitur principale*. Le chemin, la cour, le puits... n'ont pas été partagés alors que l'ont été les immeubles au service desquels ils sont affectés.

En réalité, c'est là une application de la règle de l'accessoire.

Attribuer le chemin menant à une maison à un autre que le propriétaire de la maison aboutirait à l'inutilité et du chemin et de la maison. La maxime *accessorium sequitur principale* doit jouer et le chemin accessoire doit figurer dans le même lot que l'immeuble principal. Mais ici le même accessoire est au service de deux immeubles distincts. On ne peut le séparer ni de l'un ni de l'autre. Si bien qu'il suivra à la fois le sort de l'un et de l'autre. Il figurera au même titre d'accessoire dans les deux lots et sera donc attribué en même temps aux deux copartageants. L'application de la règle de l'accessoire aboutit donc à ce résultat paradoxal que c'est le partage lui-même qui consacre l'indivision sur l'accessoire commun.

La formule est choquante et l'on conçoit que l'on préfère considérer que l'accessoire est dans l'indivision non par l'effet du partage mais parce qu'il reste en dehors de celui-ci. On admettra que ne pouvant suivre le sort d'un principal désormais objet d'une propriété divise, sans abandonner l'autre principal, l'accessoire, ainsi écartelé, ne suit le sort d'aucun. C'est alors la maxime *accessorium sequitur principale* qui se bloque elle-même car elle ne peut jouer pleinement à l'égard d'un principal sans se contredire à l'égard de l'autre.

Les applications positive ou négative de la règle de l'accessoire se valent : elles aboutissent au même résultat pratique et se heurtent à la même objection.

Le résultat est la copropriété indivise de l'accessoire. Et cette indivision est *définitive*. Cela est évident si l'on décide que le partage a englobé tous les biens mais que l'accessoire suivant à la fois le sort de deux biens principaux différents se trouve par là même indivis : le partage a eu lieu, il a eu tout l'effet qu'il pouvait avoir, il n'est pas possible d'y revenir. La solution vaut aussi si l'on admet que l'accessoire n'a pas été saisi par le partage. Il ne s'agit pas en effet d'un partage partiel ; s'il n'a pas porté sur l'accessoire commun, c'est que ce bien, en raison de l'obstacle provenant du double rapport d'accessoire à principal l'unissant à deux biens différents,

324. R. Nerson, *Encycl. Dalloz*, V^e Indivision, n^o 173 et les références citées.

ne pouvait pas — et il ne le pourra jamais — faire l'objet d'un partage. Tout ce qui était susceptible d'être partagé l'a été ; le partage est définitivement consommé.

121. — De là vient l'objection. Aux termes de l'article 815 du Code civil, « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision, et le partage peut toujours être provoqué nonobstant prohibition et conventions contraires ». C'est heurter ce texte que décider que l'accessoire est à jamais indivis.

Mais, à part quelques tenants irréductibles de l'exégèse³²⁵, tous les interprètes se sont accordés pour considérer que, malgré le silence du Code à cet égard, notre hypothèse n'entraîne pas dans les prévisions de l'article 815³²⁶.

La maxime *accessorium sequitur principale* intervient pour déterminer la portée du texte et en exclure l'application à l'accessoire commun.

Par hypothèse, cet accessoire est impartageable en nature. L'attribuer au propriétaire d'un seul des biens principaux reviendrait à priver l'autre principal des services de l'accessoire et à le rendre inutilisable. Il faudrait alors liciter l'accessoire. Mais comme son acquisition par un tiers interdirait l'exploitation des deux biens principaux, il faudrait liciter en un seul bloc l'ensemble des biens indivis principaux et accessoire. L'application rigoureuse de l'article 815 ferait donc suivre au principal le sort de l'accessoire. Solution assurément fâcheuse, car la licitation n'est qu'un pis-aller qui évince les héritiers des biens composant le patrimoine familial. Il est donc d'une saine interprétation de donner satisfaction à la maxime *accessorium sequitur principale* en apportant une exception à l'article 815³²⁷.

D'autant plus que le texte ainsi exclu n'oppose pas une résistance bien vive. Si l'indivision est considérée comme un état passerager qu'il y a lieu de faire cesser le plus tôt possible, c'est parce qu'elle est une entrave évidente à l'administration des biens³²⁸. Les efforts de tous les autres peuvent en effet « se heurter contre le refus obstiné, mais prépondérant, contre l'entêtement irréductible, mais tout puissant, d'un seul des communistes³²⁹ ». Or, ce risque est mineur, lorsque c'est l'accessoire commun à plusieurs biens appar-

325. Laurent, *Principes de droit civil*, VII, n° 483. — Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, V, n° 279.

326. V. par exemple : Aubry et Rau, II, § 221 ; Demolombe, XI, n° 425 ; Guillouard, *Traité du contrat de société*, n° 385 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 273 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, n° 2153 ; Planiol, Ripert, Picard, III, n° 293 ; H.L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, II, n° 1315.

327. Sur les pouvoirs de l'interprète de combler les lacunes de l'art. 815, cf. G. Goubeaux, *Etude sur la clause d'indivision forcée et perpétuelle*, thèse Nancy 1910, p. 180 s.

328. R. Nerson, *Encycl. Dalloz*, V° Indivision, n° 2.

329. G. Goubeaux, thèse précitée, p. 164.

tenant à des propriétaires différents qui se trouve en indivision. Outre que ces accessoires n'exigent généralement guère d'actes positifs d'exploitation, les intérêts des communistes sont la plupart du temps convergents³³⁰. Surtout, les avantages de cette indivision l'emportent en tout cas sur les inconvénients qu'elle est susceptible d'entraîner. La loi elle-même n'a d'ailleurs pas adopté une attitude absolument uniforme à l'égard de l'indivision. Ainsi, la mitoyenneté des clôtures est un exemple d'indivision perpétuelle échappant à l'article 815 en raison des avantages qu'elle procure...

Tout s'accorde donc à permettre le jeu de la règle de l'accessoire qui aboutit — mais le paradoxe n'est qu'apparent — à soumettre l'accessoire à un régime différent de celui du principal.

Du moins le raisonnement vaut-il lorsqu'il s'agit d'un accessoire nécessaire à l'exploitation de plusieurs immeubles. On peut douter qu'il soit aussi convaincant en présence d'un accessoire simplement utile. A fortiori ne devrait-il pas trouver à s'appliquer lorsque c'est la qualité d'accessoire elle-même du bien indivis qui fait question. Certaines solutions admises en droit positif semblent cependant relever d'une conception large de la maxime *accessorium sequitur principale* et d'une faveur extrême pour son effort visant à contenir dans des limites raisonnables la traditionnelle « haine de l'indivision ».

B. — L'extension du domaine de l'indivision forcée

122. — Le droit contemporain connaît des hypothèses où le maintien de l'indivision pendant une assez longue durée peut être imposé par un des coindivisaires. La règle de l'accessoire est hors de question pour expliquer ces « indivisions prolongées³³¹ ».

Mais, parallèlement, on s'est efforcé aussi de prolonger les résultats que procure, de son côté, la maxime *accessorium sequitur principale*. Le raisonnement, nous l'avons vu, aboutit à décider que

330. « La chose perpétuellement commune a une destination précise qui fixe d'une manière certaine l'usage qu'on doit en faire. On ne se trouve plus en présence de terrains indivis à exploiter, ou de maisons à entretenir et à réparer ; on a tout simplement affaire à des objets auxquels on ne pourra obligatoirement que demander un service spécial et exactement défini. Certes, on se représente sans difficulté que dans le premier cas les copropriétaires soient rarement unanimes sur le parti à adopter, car chacun d'eux est naturellement porté à toujours croire plus avantageuse sa manière de voir, et il arrive rarement qu'il se résigne à la sacrifier à celle des autres. Mais, par contre, on imagine sans peine, dans le deuxième cas, que, le but à atteindre étant parfaitement tracé par l'affectation même de la chose commune, on n'ait plus à redouter des querelles stériles et inopportunes qui n'ont alors aucun motif de naître. » (G. Goubeaux, thèse précitée, p. 230-231.)

331. Sur la distinction entre l'indivision prolongée et l'indivision forcée, cf. R. Nerson, Observations sur quelques espèces particulières d'indivision, *Mélanges Savatier*, p. 707 s.

l'accessoire commun peut rester indéfiniment dans l'indivision et que le partage laissant subsister cette indivision sur l'accessoire commun vaut cependant comme partage définitif. Le rôle de la règle de l'accessoire s'est développé en vue d'étendre l'une et l'autre de ces solutions.

a) L'accessoire commun, simplement utile à plusieurs principaux, peut-il rester indéfiniment indivis ? — (La clause d'indivision forcée perpétuelle).

Lorsqu'un accessoire est, non plus nécessaire, mais seulement utile à plusieurs immeubles, la maxime *accessorium sequitur principale* ne saurait imposer le maintien de l'indivision. Elle démontre sans doute toujours qu'il est bon de ne pas rompre le rapport d'accessoire à principal, et partant, qu'il y a un certain intérêt à laisser indivis l'accessoire utile à plusieurs biens principaux appartenant à des propriétaires distincts. Mais cet intérêt ne présente pas la même force que lorsqu'il s'agit d'un accessoire nécessaire et ne suffit plus à fonder une dérogation aux dispositions de l'article 815 : la rupture de l'ensemble des relations unissant l'accessoire aux différents principaux par l'attribution de l'accessoire à un tiers par voie de licitation, ou la rupture de certaines de ces relations par l'attribution de l'accessoire à un seul des copartageants, peut être envisagée. Certes, les propriétaires qui seront ainsi privés des services de l'accessoire en subiront une gêne, puisqu'ils devront se contenter d'un bien dont l'utilité sera réduite, ou devront se procurer ailleurs les services jusque-là rendus par l'accessoire commun. La règle de l'accessoire s'oppose encore à l'article 815 ; mais le raisonnement ne peut suffire à démontrer que la situation est certainement hors des prévisions du texte. L'hostilité du législateur à l'égard de l'indivision peut l'emporter sur les inconvénients d'un partage, dès lors que ces inconvénients ne dépassent pas une certaine gêne, peut-être passagère.

Pour adopter la solution qu'appelle la maxime *accessorium sequitur principale* il faudrait qu'elle reçoive une impulsion particulière. Cette impulsion peut provenir de la volonté individuelle.

123. — Les intéressés peuvent en effet souscrire à une clause d'indivision forcée perpétuelle³³². Portant sur un objet isolé, une telle clause heurterait sans aucun doute l'article 815 qui limite à cinq ans la durée de l'indivision conventionnelle. Mais la règle de l'accessoire intervient pour justifier qu'il soit dérogé à cette partie du texte en faveur de la convention d'indivision visant l'accessoire commun à plusieurs biens.

En décidant que l'accessoire commun serait indivis pour une durée supérieure à cinq ans, les copropriétaires s'obligent en réalité

332. Pour une étude complète de cette clause, cf. G. Goubeaux, thèse précitée.

à ne pas rompre les différents rapports d'accessoire à principal. Un propriétaire est, en principe, libre de décider de l'affectation qu'il entend assigner à son bien. On peut concevoir qu'il s'engage envers un tiers à maintenir pour une plus ou moins longue durée cet aménagement de ses propres biens. C'est tout ce que font nos coindivisaires : ensemble et chacun pour leur part, les copropriétaires décident, et souscrivent à l'engagement réciproque, d'assigner pour destination au bien indivis le service simultané de leurs propriétés divisées. Le maintien de cet ensemble de relations entre un accessoire unique et plusieurs principaux est incompatible avec le partage. Tant que le but commun peut être poursuivi, l'indivision demeure³³³.

Car la perspective de ce but conforme à l'intérêt de tous supprime les inconvénients ordinaires de l'indivision et explique l'exception apportée à l'article 815. A cet égard, d'ailleurs, « il est essentiel que le but assigné à la chose commune soit exactement connu et qu'ainsi la nature de l'objet ne prête pas à des doutes sur sa destination. Il faut que la convention des parties soit parfaitement explicite sur ce point³³⁴ ». On ne peut prétendre déroger à l'article 815 que là où les risques de mésentente entre coindivisaires sont réduits au maximum. Si la destination de l'accessoire n'était pas très étroitement précisée, par sa nature même ou par la convention, les discussions pourraient vite renaître et les dangers de l'indivision réapparaître.

Cette condition remplie, les raisons d'écarter l'article 815 sont les mêmes qu'en présence d'un accessoire nécessaire, « seulement, au lieu que ce soit cette chose qui impose la communauté, ce sont les parties qui spécifient celle-ci expressément. Cependant, qu'à cela ne tienne ! Le point de départ est différent, le résultat reste identique...³³⁵ ». Dans les deux séries d'hypothèses, les avantages du maintien de l'indivision l'emportent sur des inconvénients eux-mêmes sérieusement réduits. Mais alors que la situation parle d'elle-même si l'accessoire commun est nécessaire aux biens principaux, il faut une appréciation dont les intéressés sont juges pour déclencher le mécanisme au profit d'un accessoire simplement utile.

Ainsi, là où la maxime *accessorium sequitur principale* seule est insuffisante, sa combinaison avec la volonté des parties peut encore réduire la portée de l'article 815. La jurisprudence se montre favorable à cette solution³³⁶ que l'on confond d'ailleurs trop

333. « Affectée à un but, l'indivision doit assurément durer autant que lui, quel qu'il soit ; c'est, au surplus, le seul sens possible du qualificatif « perpétuel »... » (*Ibid.*, p. 243.)

334. *Ibid.*, p. 239.

335. *Ibid.*, p. 238.

336. En voici un exemple : En 1892, les époux Marie, propriétaires d'un ensemble immobilier, l'avaient mis en vente après l'avoir divisé en trois lots. Pour faciliter l'accès aux immeubles ainsi divisés, ils avaient

souvent avec l'indivision forcée de l'accessoire commun nécessaire.

Si la durée de l'indivision fondée sur la règle de l'accessoire est un résultat important, l'autre aspect de la solution est parfois spécialement recherché : un partage laissant l'accessoire commun indivis vaut comme partage définitif.

b) Jusqu'à quel point un partage peut-il laisser subsister une indivision ?

124. — La question s'est posée à propos du partage en nature d'un immeuble susceptible d'être divisé par appartements.

Lorsqu'une maison est divisée par étages ou par appartements, les propriétaires de ces appartements sont copropriétaires des parties communes de l'immeuble, sol, murs, toit, escaliers, etc. L'exclusion de l'article 815 en cette hypothèse ne fait aucun doute. L'indivision, prévue par la loi et organisée par un règlement de copropriété, n'est pas de celles que vise ce texte et « l'idée d'une catastrophe que déclencherait un système d'interprétation tendant à subordonner à l'article 815 le régime de la loi de 1938³³⁷ » n'a jamais été envisagée sérieusement, même sous l'empire de l'article 664 du Code civil. En tout cas, l'actuel article 6 de la loi du 10 juillet 1965 lève toute équivoque à cet égard³³⁸.

Cette solution met-elle en jeu la maxime *accessorium sequitur principale* ? En raison des caractères particuliers de cette copropriété aménagée par la loi, cette question peut être éludée tant

créé une impasse et stipulé que cette voie serait indivise entre les acquéreurs de chaque lot. Pendant près de soixante-dix ans, les propriétaires successifs des immeubles utilisèrent l'impasse commune. Puis un des coindivisaires assigna les autres en application des dispositions de l'article 815, soutenant que l'impasse n'était pas indispensable à tous les immeubles qu'elle desservait, l'un d'entre eux, au moins, ayant un autre accès à la voie publique. Le 5 octobre 1964 (*J.C.P.*, 1965, II, 14045, note H. Bulté) la Cour de Paris rejeta la demande de licitation, « Considérant... que la circonstance que l'utilité soit moindre pour un des coindivisaires ne saurait faire disparaître le but d'intérêt commun poursuivi par les époux Marie, but auquel ont souscrit les propriétaires successifs par le fait même de leurs acquisitions en vertu de titres qui d'ailleurs ont toujours reproduit les stipulations du cahier des charges de 1892 ; que la licitation demandée, si elle était ordonnée, mettrait à néant la destination de l'impasse ouverte pour un usage commun... » On remarquera que la Cour justifie le maintien de l'indivision par la persistance des relations unissant l'accessoire unique aux différents immeubles principaux. Si l'accessoire était nécessaire, cette persistance s'imposerait d'elle-même. S'agissant d'un accessoire simplement utile, c'est la convention qui peut interdire le changement d'affectation et, par là, exclure le partage. — Le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Paris a été rejeté par la Cour de cassation le 5 janvier 1967 (*D.*, 1967, 399).

337. P.A. Rosenfeld et S. Linsky, indivision, copropriété et partage successoral par appartements, *D.*, 1955, chron., p. 36.

338. « Les parties communes et les droits qui leur sont accessoires ne peuvent faire l'objet séparément des parties privatives d'une action en partage ni d'une licitation forcée. »

qu'il s'agit d'expliquer la durée indéfinie de l'indivision. Elle ne le peut plus lorsqu'on se demande si un partage en nature divisant l'immeuble par appartement vaut comme partage définitif malgré l'indivision qu'il laisse subsister sur les parties communes. En particulier, un partage *judiciaire* peut-il opérer attribution d'un ou de plusieurs appartements à chacun des copartageants, bien que cette modalité soit incapable de faire complètement cesser l'indivision ?

La Cour de cassation l'a admis par un arrêt du 19 janvier 1960³³⁹ mettant fin à une assez longue controverse³⁴⁰.

Décision heureuse, ne serait-ce que parce qu'elle permet aux copartageants de trouver une habitation³⁴¹. Elle ne présente pas non plus les dangers du morcellement de la propriété foncière que, depuis 1938, la loi s'efforce d'enrayer. « Les limites inscrites sur le sol et portées au cadastre ne sont pas changées³⁴² » et tandis que l'émiettement des parcelles en les rendant inexploitable, ne laisse plus aux propriétaires que la prérogative négative leur permettant d'interdire les intrusions d'autrui sur leur fonds, la division de la propriété en tranches horizontales donne aux propriétaires des intérêts communs, à la gestion desquels ils sont associés.

C'est là que gît la difficulté.

Destiné à mettre fin à l'indivision, le partage de l'immeuble par appartements impose aux copartageants une nouvelle indivision. Bien plus, cette indivision est organisée par la loi et se trouve soumise à la règle de la majorité. « Dès lors, on voit poindre l'objection capitale. L'entrée dans une indivision organisée, qui glisse vers le type sociétaire, exige de la part des communistes un consentement libre et volontaire. Aucun d'eux ne doit s'y trouver intégré contre son gré³⁴³. »

Toutefois, l'objection s'atténue quelque peu si l'on voit dans les parties communes de l'immeuble l'accessoire nécessaire aux différents appartements. L'indivision de l'accessoire nécessaire à plusieurs biens est *imposée* par la « nature des choses ». Certes ici, l'indivision obéit à un régime particulier. Sans nier l'importance de l'argument, on peut cependant soutenir que si cette indivision est *nécessaire*, il faut bien la prendre telle qu'elle est.

125. — Nécessaires, les parties communes le sont certainement. Mais sont-elles accessoires ?

339. D., 1960, 477 note R. Savatier ; J.C.P., 1960, II, 11481.

340. V. les références citées par MM. P.A. Rosenfeld et S. Lindsy, article précité, D., 1955 chron., p. 33 s. et R. Savatier, note précitée, D., 1960, 477.

341. Les risques de saturation et les dangers de la multiplication des appartements divisés qui ne seront pas habités par leurs propriétaires (Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, IV, n° 526) ne paraissent pas immédiatement menaçants.

342. P. Voirin, note sous 1^{re} Civ., 21 janvier 1958, J.C.P., 1959, II, 10962.

343. *Ibid.*

La règle de l'accessoire ne peut évidemment jouer qu'en présence d'un accessoire. Or c'est bien des effets de la maxime *accessorium sequitur principale* que l'on a besoin. Un partage qui laisse un accessoire commun dans l'indivision vaut comme partage définitif et non seulement comme partage partiel, précisément parce que le bien indivis *n'est qu'un accessoire*.

Or les parties communes de l'immeuble « demeurent extrêmement importantes³⁴⁴ ». Il ne s'agit pas seulement de relever la valeur considérable de ces éléments, car ce n'est pas la faible valeur des accessoires qui les écarte du partage. Simplement, si c'est la règle de l'accessoire qui évince l'article 815, là où il n'y a pas d'accessoire le texte retrouve son empire. Mais le sol, les murs, la charpente, la toiture... constituent « l'essentiel de l'immeuble³⁴⁵ ». D'ailleurs le régime établi par la loi du 28 juillet 1938, puis par celle du 10 juillet 1965, n'est-il pas celui d'un immeuble en copropriété ? C'est l'immeuble lui-même qui est indivis.

Pourtant, il est indéniable que « ce que se répartissent les copartageants, ce sont des habitations³⁴⁶ ». Ce sont les appartements, sur lesquels les copropriétaires reçoivent des droits privatifs d'utilisation et de jouissance que veulent obtenir ceux qui réclament un partage en nature. « La copropriété n'est donc que le moyen de parvenir à cette fin... La propriété des parties communes est un accessoire de la propriété de l'étage ou de l'appartement³⁴⁷. »

D'un côté, la destination des parties communes paraît bien être le service des appartements divisés ; mais d'un autre côté, les appartements doivent leur existence aux parties communes et, en particulier, au sol qui supporte tout l'édifice.

Il semble donc y avoir conflit entre les deux sources de rapport d'accessoire à principal. Au regard de l'affectation, les appartements sont principaux et les parties communes, y compris le sol, sont accessoires ; au regard de la structure physique de l'immeuble, c'est le sol qui est principal³⁴⁸.

126. — Un tel conflit provient de la façon assez empirique dont a été conçu le statut des immeubles divisés par étages ou apparte-

344. T. Civ., Clermont-Ferrand, 28 octobre 1953, *J.C.P.*, 1954, II, 7900, note G.M.

345. G.M., note précitée.

346. R. Savatier, note sous 1^{re} Civ., 19 janvier 1960, *D.*, 1960, 478.

347. R. Nerson, article précité, *Mélanges Savatier*, p. 718.

348. L'opposition entre les deux points de vue se traduit d'ailleurs sur le plan économique : « Se place-t-on au point de vue du prix de revient de la maison... on constate que la valeur des biens divisément appropriés n'est rien, ou à peu près rien, qu'au contraire la valeur du surplus de l'immeuble est tout. — Se place-t-on au point de vue de la valeur de rendement de la maison, c'est-à-dire des revenus qu'elle est susceptible de produire, alors la situation se transforme... la valeur des portions divisément appropriées est tout, tandis que la valeur du surplus de l'édifice n'est rien. » (Beudant-Voirin, IV, n° 380.)

ments, alors que cette question pouvait constituer, M. le doyen Savatier l'a montré, une pièce importante de « la propriété de l'espace » en cours d'élaboration³⁴⁹.

Or la maxime *accessorium sequitur principale* trouve un champ d'application différent selon la conception de la propriété immobilière adoptée.

— De même que le droit de propriété s'est longtemps confondu avec son objet, l'immeuble objet de propriété a longtemps été imaginé concrètement comme « le fonds de terre ». Puis on a appris à y voir une surface largement dématérialisée. « La matière dont est faite le fonds de terre est virtuellement meuble. Seule mérite le nom d'immeuble, puisque perpétuellement fixe par rapport au globe terrestre, la parcelle dessinée à la surface de celui-ci³⁵⁰. »

Telle est la conception actuelle de l'ensemble du droit positif français. Le cadastre, la publicité foncière, font de l'immeuble avant tout une surface. Et c'est parce qu'au delà de sa matérialité, le sol représente une surface idéale, indestructible et fixe, que la maxime *accessorium sequitur principale* prend souvent la forme *superficies solo cedit*³⁵¹. Car là se borne l'abstraction. Le sol peut être idéalisé, l'espace au-dessus de lui ne l'est pas. Il est envisagé concrètement. Si bien que tout ce qui occupe une fraction de l'espace part du sol, a le sol pour support, lui doit son existence, en est un accessoire.

Si l'on envisage dans cette optique la situation des immeubles divisés par étages ou appartements, les parties communes ne peuvent être accessoires des appartements. Sans doute, les propriétaires ont-ils des droits privatifs sur leurs appartements. Mais ces habitations seront considérées de façon *concrète* et définies par leurs frontières matérielles, murs, planchers, plafonds. L'appartement est essentiellement un cube d'air à l'intérieur duquel vivent les hommes. Seulement, il n'existe pas « en l'air ». Ce sont les cloisons dans les trois dimensions, toutes directement ou indirectement élevées à partir du sol, qui font de ce volume de l'espace un appartement objet de droits. Dès lors, il est impossible de voir des accessoires dans les parties communes car c'est *l'existence* même des appartements qui en dépend et non seulement leur utilisation. La construction entière est accessoire du sol. Et à n'envisager que le bâtiment, les parties communes, comme les appartements, en apparaissent des éléments constitutifs. L'édifice est à la fois matière et espace. La matière est destinée à rendre l'espace habitable ; mais l'espace habitable n'existe que grâce à la matière. Il y a interdépendance et non rapport d'accessoire à principal.

Cela ne signifie pas nécessairement que la Cour de cassation

349. R. Savatier, « La propriété de l'espace », *D.*, 1965, chron. p. 213 s.

350. *Ibid.*, p. 213.

351. *Supra*, n^{os} 28 et 29.

ait eu tort d'admettre le partage en nature d'un immeuble susceptible d'être divisé par appartements. Mais tant que l'on conserve cette conception de la propriété immobilière, c'est par un abus de langage qu'on invoque le caractère accessoire des parties indivises pour fonder la solution.

127. — Pour faire appel à la maxime *accessorium sequitur principale*, il faut pousser plus loin la dématérialisation de la propriété de l'immeuble. « Idéalement mince », la surface du sol « n'est pleinement utilisable par le droit que si l'on y joint un volume ³⁵² ». Or « le contenu concret de l'appartement, qu'il s'agisse de l'air ou du mobilier, est de matière meuble. Même ses parois sont faites de matière mobilisable. Seul le volume juridiquement annexé à la parcelle, déterminée par son dessin en un lieu fixe de l'écorce terrestre, est immeuble »... Dans les lois sur l'immeuble divisé par appartements, « il s'agit de répartir un espace entre des propriétaires, à l'intérieur de murs, de plafonds et de planchers. Le défaut de ces textes reste que l'espace y est sous-entendu seulement, alors qu'en réalité, c'est de lui qu'il s'agit ³⁵³ ».

Dès lors, on peut concevoir que l'espace soit considéré en lui-même. A une définition concrète d'un volume déterminé par des murs, un toit... ferait place une localisation à l'aide de coordonnées géométriques. La propriété d'une fraction de l'espace pourrait apparaître comme indépendante de la propriété des autres fractions de l'espace et de celle de la surface du sol. Si l'on atteint ce degré d'abstraction, la propriété de l'espace correspondant à un appartement est perpétuelle et survit même à la destruction du bâtiment, car, pas plus que le sol, l'espace ne peut disparaître.

Une fois opérée cette dissociation entre une partie de l'espace et ses contours matériels, il est possible d'envisager un rapport d'accessoire à principal. Le volume de l'appartement existe et fait l'objet d'un droit de propriété indépendamment du bâtiment qui n'est nécessaire que pour l'utilisation de cet espace. Alors, mais alors seulement, il est possible de voir dans les parties communes de l'immeuble des accessoires nécessaires des différents appartements.

Ici encore, il est donc difficile de dire si invoquer la maxime *accessorium sequitur principale* n'est que prendre acte de l'évolution de l'univers juridique ou n'est qu'un moyen commode de donner une justification apparemment solide à une solution peut-être souhaitable mais délicate à fonder en droit.

*
* *

352. R. Savatier, *loc. cit.*, p. 213.

353. *Ibid.*, p. 217.

128. — On voit qu'il est extrêmement facile de dépasser les conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal pour exploiter, à des fins de politique juridique, la vocation de l'accessoire à suivre le sort du principal. Ces conséquences sont pourtant déjà très importantes. C'est une donnée de fait que l'accessoire a besoin du support du principal. Il en résulte immédiatement que la disparition du principal entraîne la chute de l'accessoire. De plus, il est conforme au bon sens d'éviter, à l'occasion de l'application d'une règle déterminée, la séparation de l'accessoire du principal et c'est là l'explication du rôle de la maxime *accessorium sequitur principal* comme règle d'interprétation. Mais les limites légitimes des pouvoirs de l'interprète sont toujours difficiles à préciser.

Ces effets de la relation unissant l'accessoire au principal sont d'autant plus remarquables que, dans chaque cas où l'accessoire suit le sort du principal, l'hypothèse symétrique ne permet pas de transposer la maxime *accessorium sequitur principale*. Si l'accessoire disparaît, est légué, vendu, etc., le principal ne suit pas le sort de l'accessoire.

Il serait fastidieux de reprendre en sens inverse les exemples où nous avons vu l'accessoire incapable de survivre à la disparition du principal, pour montrer que, privé de l'accessoire, le principal, lui, subsiste³⁵⁴. La créance impayée demeure si la sûreté qui la garantissait est annulée ; le fonds n'est pas anéanti si les servitudes établies à son profit s'éteignent... De même, la transmission d'un accessoire n'implique nullement aliénation du principal. Le transfert de la « carte grise » d'un véhicule ne vaut pas don manuel de l'automobile³⁵⁵ ; la cession d'une sûreté n'emporte pas transport de la créance garantie... Un accessoire en lui-même valable ne saurait, par aucun artifice d'interprétation, faire échapper le principal à la nullité qui le frappe...

Mais cela, il n'est pas besoin de le démontrer. C'est la situation normale, s'agissant de deux biens distincts : il ne suffit pas de toucher l'un pour atteindre l'autre. La règle est l'indépendance, la dépendance, l'exception. Certes, le principal profite de la présence

354. Il faut d'ailleurs nuancer cette affirmation, notamment en présence d'un « accessoire nécessaire ». Le principal, privé d'un tel accessoire, ne disparaît sans doute pas, mais devient inutilisable. Il faut reconnaître que cette situation se rapproche beaucoup de celle de l'accessoire matériel qui n'est pas non plus physiquement anéanti par la perte du principal au service duquel il était affecté, mais est seulement dépourvu de toute utilité. Il s'agit de la perte d'un moyen dans le premier cas, de la perte d'un but dans le second. Pratiquement, la différence est bien ténue. Mais l'accessoire nécessaire est à la limite de la notion d'accessoire.

355. 1^{re} Civ., 11 juillet 1960, *D.*, 1960, 702 note P. Voirin ; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1961, 164 obs. R. Savatier ; *Rapp. T. Civ. Toulouse*, réf. 24 octobre 1951, *D.*, 1952, 83 ; *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1952, 92 obs. R. Savatier.

de l'accessoire affecté à son service. Sa structure n'est cependant pas atteinte ; il n'y a pas à faire un détour par l'accessoire pour atteindre le principal. Vue du côté du principal, la situation n'est qu'une variante du rapprochement de biens dont l'utilisation conjointe est profitable. Dans ces hypothèses, dire que le principal ne suit pas le sort de l'accessoire ne présente pas d'originalité particulière.

Il en va autrement lorsqu'on est en présence d'éléments qui forment un tout présentant une réelle consistance. La situation normale est alors l'interdépendance des différentes parties d'un même ensemble. Or il arrive qu'au prix d'une analyse un peu plus délicate on découvre entre les éléments constitutifs d'un tel ensemble les traits caractéristiques d'un rapport d'accessoire à principal. Dans ce cas, les deux aspects complémentaires de la règle de l'accessoire, *accessorium sequitur principale* et « le principal ne suit pas le sort de l'accessoire », sont encore vrais. Mais, s'agissant de pièces incluses dans un cadre commun, il n'est pas extraordinaire que leur sort soit solidaire. L'originalité des conséquences du rapport d'accessoire à principal apparaît moins dans la maxime *accessorium sequitur principale*, entendue à la lettre, que dans son contraire sous-entendu : « le principal ne suit pas le sort de l'accessoire ». C'est cet aspect de la règle de l'accessoire qu'il convient maintenant d'aborder.

CHAPITRE II

LE PRINCIPAL NE SUIT PAS LE SORT DE L'ACCESSOIRE

129. — Pour exprimer la règle de l'accessoire, on se contente généralement de dire que « l'accessoire suit le sort du principal », la formule complémentaire « le principal ne suit pas le sort de l'accessoire » étant seulement sous-entendue. L'attitude inverse serait pourtant parfois mieux justifiée. Tel est le cas lorsque l'accessoire et le principal sont réunis à *l'intérieur d'un cadre commun* : les éléments composant un tout sont normalement solidaires et l'originalité des conséquences du rapport d'accessoire à principal se manifeste davantage en ce que l'élément principal ne subit pas l'influence du sort de l'élément accessoire.

L'hypothèse paraît cependant surprenante : n'avons-nous pas dit que l'accessoire n'est pas une quantité supplémentaire de principal et que la jonction de l'accessoire au principal ne forme pas un objet unique ? L'apparente contradiction se résout si l'on songe que la notion d'unité d'un ensemble complexe ne se présente pas de la même façon selon les matières envisagées et varie en fonction du plan sur lequel se place l'observateur. Les physiciens et les chimistes, dans leurs analyses, voient des éléments distincts là où le profane ne voit qu'une chose unique. L'unité de l'objet n'apparaît pas nécessairement à tous les stades de l'examen.

Dans les exemples jusqu'ici rencontrés, nous nous sommes placés au niveau de l'observation courante, de la constatation simple des réalités, telles qu'elles se présentent au premier abord. Et là, nous avons vu que des objets distincts pouvaient être liés par un rapport d'accessoire à principal sans rien perdre de leur individualité. Encore convient-il de remarquer que l'angle d'observation varie quelque peu suivant les matières : une maison et le sol qui la porte sont deux choses distinctes, unies par un rapport d'accessoire à principal. Il ne serait pas absurde de considérer que l'union du bâtiment et du terrain constitue un « ensemble immobilier complexe ». Mais cette façon de voir n'est pas habituelle et il

n'existe pas de régime juridique propre à un tel ensemble. Ce régime se compose au fur et à mesure de l'application des règles adéquates au sol d'une part et à la maison d'autre part. Au contraire, voici un contrat prévoyant l'obligation du débiteur de payer une certaine somme ; ce contrat est assorti d'une clause indiquant le lieu où doit se faire le paiement. Il ne serait pas absurde de voir là deux dispositions distinctes, quoique liées. Nous avons nous-mêmes procédé de cette manière alors qu'il fallait insister sur la nécessaire individualisation de chacun des termes du rapport d'accessoire à principal. Cependant, l'habitude est de parler, dans de telles hypothèses, d'un contrat unique : ce qui s'offre immédiatement aux regards est un ensemble. Entre ces deux exemples, il n'y a pas de différence profonde dans le rapport d'accessoire à principal. La maison n'existe que si elle est implantée sur le terrain ; la clause indiquant le lieu du paiement ne se conçoit que si une dette est prévue. Seul l'éclairage change quelque peu quand l'habitude est prise d'envisager globalement l'ensemble principal-accessoire.

Lorsque, quittant le plan de l'observation courante, on passe à l'analyse juridique nécessaire aux opérations de qualification, le point de vue se modifie radicalement. Même si la simple constatation des réalités révèle que l'objet est incontestablement unique, on n'hésite pas à décomposer la matière pour en isoler les éléments. Un contrat d'échange avec soulte est manifestement un tout : l'obligation de payer une somme d'argent ne se conçoit qu'en fonction de l'échange des biens et réciproquement. Pourtant, afin de déterminer la nature juridique du contrat, on en démonte les rouages. A ce stade, il est encore possible de retrouver les caractéristiques d'un rapport d'accessoire à principal. L'unité indissoluble de l'ensemble se situe sur un autre plan.

130. — La distinction entre ces deux points de vue est importante.

Lorsque la simple observation des faits révèle que le *lien* entre deux éléments est un rapport d'accessoire à principal, leur cohésion ne va pas jusqu'à l'interdépendance, même si l'habitude est de les envisager globalement sous une étiquette commune. On retrouve alors un aspect de la règle de l'accessoire qui nous est familier : la question primordiale, qui, au fond, commande les autres conséquences, est celle de la survie de l'un des termes du rapport d'accessoire à principal à la disparition de l'autre. Un contrat unique peut comporter des clauses principales et des clauses accessoires. L'unité de l'ensemble ne résultant que d'un rapport d'accessoire à principal, il y a, quant à l'*existence* même des clauses, une hiérarchie entre elles.

Lorsque la même observation simple met en présence d'un tout indivisible, l'analyse peut artificiellement isoler ses éléments constitutifs. Cette analyse n'a pas à intervenir pour résoudre la ques-

tion de la survie et de la disparition de l'ensemble et de ses différentes pièces. La réponse à une telle question dépend de la simple constatation des faits. Mais le problème de *qualification* impose de se placer à un autre niveau. On peut trouver « en profondeur » un rapport d'accessoire à principal qui n'apparaissait pas au premier abord et qui commande une forme particulière du fonctionnement de la règle de l'accessoire.

Les exemples les plus nets de ce jeu de la règle « le principal ne suit pas le sort de l'accessoire », à deux niveaux différents, se rencontrent en matière contractuelle et l'étude des contrats nous suffira pour exposer cet aspect de la règle de l'accessoire.

A l'intérieur du cadre unique d'un contrat peuvent figurer des clauses principales et des clauses accessoires. Au-delà, l'analyse de la convention en vue de sa qualification fait encore apparaître des éléments principaux et accessoires. Dans les deux cas, l'unité apparente du contrat impose, pour tirer des conséquences du rapport d'accessoire à principal, une démarche nouvelle : il faut commencer par briser l'enveloppe recouvrant l'accessoire et le principal. Mais, suivant la question posée, il faut pénétrer plus ou moins profondément dans la structure de la convention.

Il est évidemment plus facile de tirer des conséquences d'un rapport d'accessoire à principal qui se trouve « à la surface » du contrat. Nous pourrions donc nous contenter de signaler brièvement, dans une première section, la question de l'existence du contrat et des clauses accessoires. Il nous faudra de plus amples développements pour exposer, dans une seconde section, l'influence de la relation d'accessoire à principal sur la qualification du contrat.

SECTION 1. — *Le sort des clauses accessoires et l'existence du contrat*

131. — Il est souvent fait allusion à des actes juridiques comportant des « clauses accessoires ».

Si l'on vise par là un rapport d'accessoire à principal unissant différentes stipulations insérées dans un même *instrumentum*, l'hypothèse ne présente pas de particularité notable. Il sera certes parfois possible d'invoquer le rapprochement formel des dispositions en question à titre d'indice de la relation qui les unit au fond. Mais il est clair que cet argument doit être utilisé avec beaucoup de prudence dans l'appréciation des faits, car rien ne s'oppose à ce qu'un écrit unique relate des conventions entièrement indépendantes les unes des autres.

Pour justifier un examen particulier de la situation, « c'est à l'intérieur d'un même *negotium* qu'il faut supposer ici l'existence de clauses de natures diverses, les unes dépendantes des autres¹ ».

1. F. Terré, thèse, n° 426.

De fait, pour s'en tenir à la matière des contrats, fréquentes sont les clauses accessoires, qu'il s'agisse de stipulations réglant une modalité de détail dans l'exécution des obligations, telle la précision du lieu du paiement, ou établies en prévision de difficultés d'exécution, comme une clause pénale ou une clause attributive de compétence territoriale à une juridiction déterminée en cas de litige. Il est aisé de faire apparaître les caractéristiques d'un rapport d'accessoire à principal entre de telles clauses et les clauses principales du contrat. Mais encore faut-il souligner ce qu'implique, en cette hypothèse, l'appel à la notion d'accessoire. A partir de là, il est possible de justifier le fonctionnement de la règle de l'accessoire, qui se présente ici sous un jour particulier.

A. — Le rapport d'accessoire à principal

132. — Les clauses accessoires ne se conçoivent qu'en fonction des stipulations principales auxquelles elles s'ajoutent pour les compléter. Ainsi, par exemple, à propos de la clause pénale, Demolombe s'exprime avec beaucoup de clarté : « La clause pénale est une obligation secondaire et accessoire, qui implique nécessairement l'existence d'une obligation primitive et principale, à laquelle elle est subordonnée et dont elle a pour but seulement d'assurer l'exécution. Il ne s'agit pas pour les parties qui stipulent une clause pénale, de diminuer ni d'augmenter l'obligation principale, ni de la remplacer par une autre obligation. Il s'agit d'y ajouter une sanction que le débiteur devra encourir à titre de peine, en effet, s'il n'exécute pas l'obligation principale comme il a promis de l'exécuter. Telle est la vraie nature de la clause pénale, et son trait essentiellement distinctif...² »

Prévoir des modalités de détail, ajouter de nouvelles obligations greffées sur les clauses principales permet d'améliorer les effets que les parties attendent du contrat auquel elles souscrivent. L'opération contractuelle est plus complète, mieux adaptée aux objectifs poursuivis. A cet égard, le rôle des clauses accessoires est important : malgré la liberté accordée dans notre droit aux volontés individuelles, les créations de contrats complètement originaux sont rares. La plupart des buts recherchés sont atteints grâce à un nombre somme toute assez réduit de stipulations correspondant aux contrats nommés habituels. C'est généralement par l'adjonction de clauses accessoires, réglant des points secondaires, que les parties font du contrat ce « moyen par lequel la diversité pénètre dans le monde juridique³ ».

2. Demolombe, XXVI, n° 637. — Sur le caractère accessoire de la clause pénale, cf. aussi Planiol et Ripert par Esmein, Radouant et Gabolde, VII, n° 872 ; Marty et Raynaud, II, 1, n° 545 et les références citées.

3. P. Roubier, *Le droit transitoire*, n° 70, p. 346.

Importantes souvent, les clauses accessoires ne doivent cependant pas être essentielles. Si l'unité du contrat tient seulement au rapport d'accessoire à principal, le lien entre les éléments principaux et accessoires n'atteint pas le degré de l'indivisibilité. Pas plus que l'accessoire ne fait partie du principal lui-même, il n'est avec le principal dans un rapport d'interdépendance⁴. Cela signifie que la stipulation de la clause principale ne dépend pas de la stipulation de la clause accessoire. Autrement dit, la considération des dispositions accessoires *n'est pas déterminante* de l'accord des volontés réalisé sur la clause principale, alors qu'à l'inverse, la clause accessoire ne se conçoit qu'en fonction de la clause principale. Ainsi apparaît le lien de dépendance unilatérale caractéristique de l'accessoire.

Remarquons que la question étant de savoir si une clause dépend d'une autre, c'est bien de la *stipulation* des clauses elles-mêmes qu'il s'agit et non de leur exécution. Il suffit à ce propos d'évoquer les dispositions bien connues des articles 960 et 1172 du Code civil et l'interprétation qu'elles ont reçues en jurisprudence. On peut très bien concevoir que l'exécution d'une clause principale soit commandée par une *condition* dont l'insertion dans le contrat est cependant accessoire parce que non déterminante. L'obligation principale *dépend* certes de la condition quant à son exécution, si la clause introduisant cette modalité est valable. Mais l'accord des volontés réuni sur la clause principale ne dépend pas de la stipulation de la condition, par hypothèse non déterminante. Dès lors, si la clause prévoyant cette condition vient à être annulée, l'obligation principale demeure, car, même pure et simple, elle conserve une cause.

Ce n'est pas la première fois que nous voyons la règle de l'accessoire s'identifier avec certains aspects de la théorie de la cause. Il n'y a là rien de surprenant : la caractéristique d'un rapport d'affectation est que le principal est cause de l'accessoire, tandis que l'accessoire n'est pas cause du principal.

Ceci conduit tout naturellement à présenter le jeu de la règle de l'accessoire comme une simple répétition de la définition du rapport d'accessoire à principal : le principal est support de l'accessoire et non l'inverse ; par conséquent, privé de support, l'accessoire s'effondre, alors que, séparé de l'accessoire, le principal subsiste.

S'agissant des clauses accessoires, cette formule n'est sans doute pas inexacte, mais elle ne souligne pas assez une particularité importante de l'hypothèse : l'ensemble principal — accessoire constitue un contrat unique.

4. *Supra*, n° 30.

B. — Le jeu de la règle de l'accessoire :
la réduction du contrat

133. — Les conséquences pratiques que l'on tire du caractère accessoire de certaines clauses sont tout à fait conformes à ce que l'on peut attendre de la maxime *accessorium sequitur principale*. Toujours à propos de l'exemple de la clause pénale, l'article 1227 du Code civil est parfaitement net : « La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. La nullité de celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale. »

« Il n'y a pas d'accessoire sans principal », dit encore Demolombe⁵ et « si l'accessoire ne peut pas subsister sans le principal, le principal peut subsister sans l'accessoire⁶ ».

Mais la solution ne se présente pas comme le simple décalque de celle que nous avons rencontrée lorsque le rapport d'accessoire à principal unissait deux choses ou deux contrats distincts. Ici, il n'est besoin d'aucune analyse pour mettre en lumière le lien unissant l'accessoire au principal. Ce lien s'impose sans le moindre effort : l'accessoire et le principal sont réunis au sein d'un cadre commun, le contrat. Si bien qu'il n'y a aucun raisonnement particulier à tenir pour expliquer que l'accessoire doit suivre le sort du principal. C'est, au contraire, la disjonction du sort des deux éléments, au cas de disparition de l'accessoire, qui doit être justifiée. La maxime *accessorium sequitur principale* présente, en l'occurrence, moins d'intérêt que son corollaire : « le principal ne suit pas le sort de l'accessoire ».

Certes, il est possible de tirer argument de la relation d'accessoire à principal pour expliquer que la nullité de la clause principale entraîne celle de la clause accessoire. Nous avons déjà fait allusion à la théorie de la cause et on ne voit pas comment une disposition qui n'est que complémentaire pourrait subsister si elle n'a plus rien à compléter ! Mais ce raisonnement apparaît en quelque sorte surabondant. En effet, la clause accessoire fait partie du contrat. Elle avait été créée à titre d'élément de ce contrat. Il paraît normal que l'ensemble disparaisse, y compris la clause accessoire, fût-elle, envisagée en elle-même, parfaitement régulière.

Il ne semble pas utile de déployer des efforts pour éviter la séparation de l'accessoire et du principal, et justifier que l'accessoire suive le sort du principal, puisque les deux éléments font partie du même ensemble. Ce qui s'offre immédiatement aux regards est *un* contrat. Il n'y a pas, a priori, de raison de dissocier ses éléments. C'est au sort du contrat que l'on s'intéresse et parler de cet ensemble est nécessairement maintenir unies les différentes clauses qui le composent.

C'est bien plutôt la survie des clauses principales à la dispa-

5. Demolombe, XXVI, n° 638.

6. *Ibid.*, n° 649.

rition des clauses accessoires qui nécessite une analyse du rapport d'accessoire à principal. Là est la véritable originalité de notre hypothèse.

134. — La clause accessoire fait certainement partie du contrat. Elle participe de sa force obligatoire et on ne pourrait arguer de son caractère non déterminant pour se dispenser de l'exécuter. Et pourtant, s'il est vrai que les parties ont voulu la clause accessoire il est non moins certain que ce n'est pas la considération de ce point qui les a décidées à conclure le contrat où cette clause est incluse. Les contractants n'auraient pas hésité à souscrire à la convention, même si elle devait être amputée de la clause accessoire. C'est, au fond, ce que *constate* le juge lorsqu'il décide qu'un contrat peut être considéré comme formé, dès l'instant que les parties sont d'accord sur les éléments essentiels, bien qu'il subsiste entre elles certaines divergences de vues sur des points secondaires⁷. Le contrat s'est formé, mais limité aux clauses principales.

Il est assez facile, dans ce cas, d'éliminer les clauses accessoires de la convention, car ces clauses n'ont pas été voulues par les deux parties. La survie des clauses principales en cas d'annulation des clauses accessoires est plus délicate à justifier techniquement, car il n'est pas douteux que ces clauses accessoires ont été voulues et intégrées au contrat.

D'un côté, on a une convention comportant des clauses accessoires. Les clauses principales n'ont été passées qu'en tant qu'éléments de cette convention. Chaque contrat est une création unique individualisée par la combinaison de ses différentes pièces. L'annulation d'une clause, fût-elle accessoire, devrait détruire le contrat, et par voie de conséquence, les clauses principales ne devraient pas subsister hors du cadre dans lequel elles étaient insérées.

Mais d'un autre côté, il est pratiquement heureux, il est conforme au « bon sens » que la nullité d'une clause accessoire ne rejaillisse pas sur le sort des clauses principales, en elles-mêmes valables, et dont les parties ne seraient contentées si elles avaient songé à l'obstacle auquel devait se heurter la clause accessoire.

On pourrait prétendre que les contractants ont superposé deux conventions, l'une comportant à la fois les clauses principales et les clauses accessoires, l'autre, plus réduite, limitée aux dispositions essentielles. La seconde convention serait assortie de la condition suspensive tacite de la validité de la première. Si bien que la nullité du contrat étendu découvrirait aussitôt l'acte réduit.

7. T. com., Cherbourg, 6 septembre 1912, S., 1914, 2, 49, note Demogue. (Il s'agissait de clauses attributives de compétence contradictoires.) Sur la question de l'exigence de volontés conformes pour la création du contrat, et en particulier sur les effets d'un désaccord limité à des points secondaires, cf. A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, thèse, Strasbourg, 1958, n° 79.

Un tel système, concevable lorsqu'on cultivait le mythe de l'autonomie de la volonté, est évidemment beaucoup trop artificiel. Les parties n'ont fait qu'un seul contrat, qui comprend les clauses accessoires ; elles n'ont pas envisagé l'éventualité de l'annulation d'une partie de leur convention.

Les contractants n'ont certes pas voulu, en tant que tel, le contrat réduit à ses clauses principales. Mais ils ont voulu l'acte plus vaste dans des conditions telles qu'il peut subsister amputé des clauses accessoires. Il ne faut pas se faire de l'unité du contrat une idée trop absolue. Cette unité peut — c'est le cas que nous considérons — tenir à un rapport d'accessoire à principal. Un tel rapport implique une liaison solide mais qui n'est pas indissoluble.

135. — Le contrat est un moyen technique destiné à atteindre un but. Or, « ce qui est essentiel dans l'acte juridique est le but économique, c'est le moteur de l'acte⁸ ». Ce but importe plus que le procédé employé pour l'obtenir. Une conception rigide et étroite de la technique, envisagée pour elle-même, couperait complètement le droit de la réalité.

Si par ignorance, maladresse... sagesse ou habileté, les parties exposent leurs buts mais précisent mal la méthode choisie pour les obtenir, dira-t-on que l'opération est nulle faute de se couler dans un moule juridique parfait ? « Quand le but économique est à nu, il faut l'habiller d'une forme juridique⁹ » et l'on sait combien les tribunaux, particulièrement en matière d'interprétation des testaments, s'avancent loin dans cette voie, afin d'assurer le succès du but recherché¹⁰. A tel point que les intéressés ont souvent intérêt à éviter l'excès de précision technique qui transformerait en « acte clos » l'acte, qui, lorsqu'il n'est pas enfermé dans une forme rigide, demeure « ouvert¹¹ ».

Plus proche de notre hypothèse est la conversion par réduction des actes juridiques : l'annulation d'un acte laisse parfois subsister assez de débris valables pour permettre de reconstituer un acte différent permettant encore d'atteindre le but visé. L'exemple le plus souvent cité est celui de la conversion d'un testament mystique, nul par sa forme, en testament olographe. Mais le domaine de la conversion par réduction est plus vaste¹². C'est bien la primauté du but sur la forme juridique qui fonde cette substitution automatique d'un « acte mineur » non voulu comme tel à

8. P. Voirin, note sous Lyon, 11 mai 1942, *J.C.P.*, 1942, II, 2007.

9. *Ibid.*

10. Cf. A. Ponsard, « Sur quelques difficultés relatives à l'interprétation des testaments ; le rôle du juge dans la détermination du légataire ou du bénéficiaire d'une charge », *J.C.P.*, 1957, I, 1385.

11. Cf. P. Voirin, note précitée, *J.C.P.*, 1942, II, 2007.

12. X. Perrin, *La conversion par réduction des actes et des personnes juridiques*, thèse, Dijon, 1911, p. 161 s.

un « acte majeur », seul procédé technique véritablement voulu, mais frappé de nullité¹³.

La survie du contrat à la disparition des clauses accessoires procède du même esprit. Les parties n'ont voulu, en tant que tel, qu'un seul procédé technique permettant d'atteindre les buts qu'elles visaient : le contrat avec ses clauses principales et ses clauses accessoires. *Mais elles ont hiérarchisé leurs buts*. Si bien qu'il est légitime de maintenir les moyens d'atteindre leur but essentiel.

A propos de la conversion par réduction, M. Perrin souligne que le brocard *quod nullum est nullum producit effectum...* vise un acte nul : « Il ne faut, dit-il, l'appliquer qu'à cet acte, mais non aux éléments qui ne sont pas nuls, demeurent intacts et forment, le cas échéant, un acte nouveau ou une figure juridique nouvelle¹⁴. » Notre hypothèse est inverse. La nullité ne vise qu'un élément de l'acte. Cet élément étant accessoire, l'acte lui-même n'est pas nul, il sera seulement *réduit* aux clauses essentielles. C'est le même contrat qui demeure, sans qu'il y ait substitution d'un contrat nouveau¹⁵.

136. — On voit ainsi apparaître la « réduction » pour tirer les conséquences du rapport d'accessoire à principal. Nous avons déjà rapporté la distinction faite par M. le doyen Voirin entre la « réduction » et le « nivellement », chaque procédé correspondant à un aspect différent de l'accessoire, tantôt « secondaire », tantôt « dépendant¹⁶ ». Ces mécanismes nous avaient paru assez généraux pour pouvoir conduire à une conception très large de la règle de l'accessoire, si une définition de la notion d'accessoire ne venait, de l'intérieur, assigner des limites à la règle. Ces limites étant posées, les conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal avaient jusqu'ici paru ressortir plutôt du « nivellement » ; voici qu'intervient la « réduction ».

Est-ce à dire qu'il faut dédoubler la notion d'accessoire et

13. Sur le fondement de la conversion par réduction, *ibid.*, p. 112 s. — Piedelièvre, *Des effets produits par les actes nuls*, thèse, Paris, 1911, p. 177 ; F. Terré, thèse, n° 228 s.

14. X. Perrin, thèse, p. 136.

15. Comp. l'art. 30 du décret du 30 septembre 1953 qui permet au juge, lors du renouvellement d'un bail commercial, d'introduire ou de supprimer « des conditions accessoires » du bail. Certes, on ne peut parler ici des simples conséquences du rapport d'accessoire à principal. On notera cependant qu'il est conforme à l'idée de renouvellement que le juge ne puisse défigurer le contrat en modifiant des clauses essentielles. (Cf. Com., 21 avril 1958, *G.P.*, 1958, I, 409 ; Com., 10 octobre 1960, *G.P.*, 1960, 2, 312.) Mais on ne saurait guère tirer argument du régime exorbitant des baux commerciaux : le bail renouvelé peut subir des modifications essentielles, notamment en matière de prix et de « déspecialisation ». Il est encore question de renouvellement. Ne vaudrait-il pas mieux considérer alors qu'il y a succession de deux contrats différents ?

16. *Supra*, n° 9.

distinguer l'accessoire dépendant de l'accessoire secondaire ? Nous ne le pensons pas, tant qu'il s'agit de ce que nous avons appelé l'accessoire au sens strict, le seul que nous envisagions actuellement.

Certes, les clauses accessoires sont secondaires. Elles paraissent même en quelque sorte plus secondaires qu'accessoires puisque toute l'explication de la réduction dont elles peuvent faire l'objet tient à leur caractère non déterminant, plus qu'aux services rendus ou empruntés au principal. Pourtant, les clauses accessoires sont aussi dépendantes parce qu'« ajoutées » aux clauses principales et affectées à leur service.

Tout accessoire par affectation ou par « production » est à la fois dépendant et secondaire. Dépendant du principal car, en raison de la liaison particulière qui l'y attache, il suit le sort du principal ; secondaire car, vu du côté du principal et précisément en raison du caractère unilatéral du lien de dépendance, il ne commande pas le sort du principal. Ce sont les deux faces d'une même situation. Seulement, l'un ou l'autre aspect passe au premier plan selon que le lien unissant les deux termes du rapport doit être démontré ou est apparent.

De plus, le caractère secondaire est toujours relatif. Il n'y a pas d'élément négligeable en soi. Il faut soigneusement préciser le point de vue auquel on se place. Nous avons vu des accessoires être essentiels pour l'usage du principal et secondaires pour son existence¹⁷. De même, nous venons d'envisager des clauses accessoires, secondaires au regard de l'existence de la convention, mais nous allons voir des éléments accessoires qui, tout en étant essentiels à l'existence du contrat, sont secondaires quant à sa qualification.

En effet, si nous avons repris l'exposé du sort des clauses accessoires — question dont la solution ne fait aucun doute en pratique — ce n'est pas seulement pour situer cette hypothèse dans l'ensemble de la règle de l'accessoire, mais parce que c'est un préalable utile à l'examen de l'application de la maxime *accessorium sequitur principale* dans la qualification des contrats. Utile d'abord pour distinguer deux utilisations différentes de la notion d'accessoire¹⁸. Utile ensuite parce que cette situation, assez simple

17. *Supra*, n° 32.

18. « En principe, la conformité des volontés doit être absolue et porter tant sur les points essentiels que sur les points accessoires. Mais toutes les fois qu'un litige naît à propos de conditions secondaires, les tribunaux peuvent estimer le contrat conclu si les parties n'en ont pas fait subjectivement des points essentiels. » (A. Rieg, thèse précitée, n° 79.) Dans la mesure où les « conditions secondaires » sont accessoires, une telle proposition paraît empreinte de contradiction. Il n'en est rien cependant, parce que la notion d'accessoire intervient sur deux plans différents (*supra*, n° 129). Mais pour pouvoir faire la distinction, il faut examiner ces deux plans successivement.

au demeurant, permet d'aborder des cas où le rapport d'accessoire à principal apparaît à l'intérieur d'un cadre plus vaste. Nous avons vu que l'insertion de la clause principale et de la clause secondaire dans un même contrat modifiait quelque peu l'éclairage parce que l'unité de l'ensemble était *donnée*. L'examen du jeu de la règle de l'accessoire dans les qualifications conduit beaucoup plus loin dans cette voie.

SECTION 2. — *Le sort des éléments accessoires et la qualification du contrat*

137. — Traditionnellement, dans l'échange avec soulte, le versement d'une somme d'argent est considéré comme un accessoire. Un contrat est qualifié vente ou contrat d'entreprise selon que le travail promis est ou non accessoire. Une donation avec charge reste un acte à titre gratuit si la charge stipulée peut être regardée comme accessoire...

Or, dans ces exemples, l'élément « accessoire » est un bien différent de la clause non déterminante. La soulte, par exemple, est une pièce essentielle du contrat. Jamais le coéchangiste ne consentirait à réaliser l'échange si la soulte ne venait équilibrer les prestations. La soulte est nécessaire à l'existence du contrat et sa disparition entraînerait l'anéantissement de l'ensemble. A ce point de vue, il y a en réalité *indivisibilité* entre l'élément échange et la soulte. « Les éléments liés entre eux le sont sur un pied d'égalité. C'est là le critère de distinction entre les notions d'accession et d'indivisibilité¹⁹. » De même, « dans l'hypothèse classique de la donation avec charge, l'inexécution de la charge entraîne révocation de la donation... Une nécessité technique met l'une des opérations sous la dépendance de l'autre²⁰ ». Et pourtant, c'est la charge qui est considérée comme accessoire ! Curieux accessoire qui commande le sort du principal ! C'est d'interdépendance qu'il s'agit. Les différents éléments sont aussi nécessaires les uns que les autres au maintien du contrat. A cet égard, ils jouent tous le même rôle. N'y a-t-il pas incompatibilité entre l'indivisibilité et un rapport d'accessoire à principal, entre l'interdépendance et un lien de dépendance unilatérale ? Comment un même élément pourrait-il être à la fois essentiel et accessoire ?

Il faut commencer par élucider cette question avant de tenter une explication du mécanisme de la règle de l'accessoire, permettant d'en préciser la portée.

19. F. Terré, thèse, n° 485. — Cet auteur emploie ici le terme « accession » au sens de « relation d'accessoire à principal » et non au sens technique des articles 546 et suivants du Code civil.

20. J. Boulanger, « Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1950, p. 5.

§ 1. — La place du rapport d'accessoire à principal.

Pour résoudre l'apparente contradiction, la première explication qui vient à l'esprit est que la notion d'accessoire utilisée dans les qualifications n'a rien de commun avec la notion d'accessoire au sens strict dont nous avons jusqu'ici tiré parti. A la liaison originale résultant de l'affectation de l'accessoire au service du principal ou de la « production » de l'accessoire par le principal, succéderait le critère de la comparaison quantitative. La règle de l'accessoire s'écrirait ici *major pars trahit ad se minorem*.

Sans méconnaître que l'hypothèse se prête particulièrement bien à l'utilisation d'un critère mathématique de l'accessoire, on peut douter au moins que là soit la seule explication du droit positif. Il faut alors aborder de front le problème des rapports entre un lien d'indivisibilité et une relation d'accessoire à principal.

A. — La conception quantitative de l'accessoire

138. — Situer la notion d'accessoire sur un plan quantitatif et non plus qualitatif paraît, au premier abord, le moyen le plus élégant pour expliquer que la règle de l'accessoire puisse encore être invoquée pour la qualification d'un contrat dont les éléments sont, par hypothèse, unis par un lien d'indivisibilité.

Les conditions sont d'ailleurs spécialement favorables à ce changement d'optique : l'idée d'accessoire, quelle que soit la signification, plus ou moins large, donnée à ce terme, implique toujours à la fois un lien et une hiérarchie entre l'accessoire et le principal. Si la notion d'accessoire au sens strict permet de saisir en même temps ce lien et cette hiérarchie, le système de comparaison des valeurs établit bien une certaine hiérarchie, mais est muet sur la manière dont la « major pars » et la « minor pars » sont liées entre elles²¹. Or, l'hypothèse présente résout cette difficulté. Le contrat à qualifier forme un ensemble unique dont les éléments sont unis par un lien d'indivisibilité. Ce lien étant *donné*, non seulement il paraît normal d'invoquer une notion d'accessoire se limitant à l'expression d'une hiérarchie, mais on conçoit parfaitement le cumul d'un lien d'indivisibilité qui se place sur un plan qualitatif et d'un rapport d'accessoire à principal situé sur un plan quantitatif. Alors qu'on voit mal comment pourraient se combiner l'interdépendance et une dépendance unilatérale, on peut parfaitement admettre que deux éléments soient entre eux sur un pied d'égalité *quant à leur rôle* et cependant inégaux *en valeur*.

Il n'est d'ailleurs pas douteux que lorsqu'il est fait allusion à la notion d'accessoire à propos de la qualification d'un ensemble

21. *Supra*, n° 14.

unique, c'est une conception quantitative de l'accessoire qui est seule visée²². Les exemples que nous avons choisis, échange avec soulte, contrat d'entreprise avec fourniture de matière par l'entrepreneur, donation avec charge... semblent les exemples-types de l'application d'un critère mathématique de l'accessoire.

139. — Nous reconnaissons bien volontiers que la question de qualification d'un tout indivisible est un domaine privilégié pour la maxime *major pars trahit ad se minorem*. Nous aurons l'occasion d'y revenir²³. Mais cela ne signifie pas qu'il n'y ait aucune place en ces hypothèses, pour la notion d'accessoire au sens strict.

L'article 1407 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi du 13 juillet 1965, décidait : « L'immeuble acquis pendant le mariage à titre d'échange contre l'immeuble appartenant à l'un des époux, n'entre point en communauté et est subrogé au lieu et place de celui qui a été aliéné ; sauf la récompense s'il y a soulte. » Ce texte n'excluait pas toute analyse. Il réglait bien le sort de l'immeuble acquis par voie d'échange, mais encore fallait-il que l'opération put être qualifiée d'échange. « Attendu que si l'article 1407 qui exclut de la communauté l'immeuble provenant d'un échange d'un immeuble propre, même avec soulte, ne distingue pas selon le plus ou moins d'importance de la soulte, il existe à l'application de la règle légale une limite naturelle qui est celle même de la notion d'échange²⁴. » Où se situe cette limite ? Fallait-il décider que l'article 1407 devait recevoir application tant que la soulte était de valeur inférieure à celle de l'immeuble propre aliéné, tandis que si la soulte dépassait cette valeur, la règle selon laquelle les acquêts tombent en communauté devait retrouver son empire ? C'est la solution adoptée par la loi du 13 juillet 1965 qui a modifié en ce sens l'article 1407, dont l'examen doit désormais prendre place dans une étude de la maxime *major pars trahit ad se minorem*²⁵. Mais la position de la jurisprudence antérieure était beaucoup moins catégorique.

Par acte notarié intitulé « échange », des époux mariés sous le régime de la communauté d'acquêts, avaient acquis 322 hectares de forêt et une pièce de terre de 4 hectares, le tout évalué 90 000 F, contre plusieurs parcelles de terre, d'une contenance totale de 13 hectares, propres au mari et évaluées 20 000 F, plus une soulte de 70 000 F. L'application du critère mathématique de l'accessoire aurait dû conduire à décider, comme le soutenait la femme, que l'opération devait s'analyser en une vente et que les immeubles acquis étaient communs. Pourtant la Cour d'Amiens y vit une

22. V. en particulier F. Terré, thèse, n^{os} 398 s.

23. *Infra*, n^{os} 329 s.

24. Civ., 30 octobre 1950, *D.*, 1950, 753, note R. Lenoan ; *J.C.P.*, 1951, II, 6016, note P. Raynaud ; *G.P.*, 1951, I, 40.

15. *Infra*, n^{os} 347 s.

« convention mêlée de vente et d'échange²⁶ ». La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt, au motif « qu'il appartient aux juges du fond, en s'inspirant de l'intention des parties, et en l'absence de toute interdiction d'ordre public, de restituer leur véritable nature juridique, fût-elle complexe, aux conventions dont l'interprétation leur est soumise sans être liés par la qualification donnée à l'acte²⁷ ».

Etait-ce de la part de la Cour suprême un abandon, dans ce domaine, de sa mission de contrôle de la question de droit que constituent les problèmes de qualification ? Elle a prouvé le contraire un peu plus tard : des époux étaient mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts. Le mari qui possédait dans une société en nom collectif des droits sociaux propres évalués à 103 850 F s'était fait attribuer, lors de dissolution de la société, le fonds de commerce d'une valeur de 342 671 F, moyennant le paiement d'une soulte de 238 821 F prélevée sur la masse commune. La Cour d'appel de Limoges avait décidé que le fonds de commerce constituait un propre. Ce arrêt fut cassé par la première section de la Chambre civile qui a considéré que l'article 1407 du Code civil « demeure sans application lorsque la somme payable à titre de soulte est notablement supérieure à la valeur du bien propre transmis ; qu'en pareil cas, le bien reçu constitue un acquêt, sauf récompense par la communauté²⁸ ».

Pourquoi, « notablement » ? L'idée de *minor pars* ne semble pas si exigeante. Et que signifie cet adjectif ? Dans la première affaire, la soulte était trois fois et demi plus importante que la valeur des biens propres transmis. N'était-ce pas une différence assez « notable » ? Or le second arrêt de la Cour de cassation ne marque pas un revirement de sa doctrine. « Les deux arrêts forment le même principe. Dans l'un, il nourrit les « attendus », et dans l'autre, il les « chapeaute », car le premier est un arrêt de rejet, le second un arrêt de cassation²⁹. » Dans les deux cas, la solution est inspirée par l'idée que l'article 1407 comporte « une limite qui tient à la notion même d'échange ». Il est vrai que la Cour d'Amiens avait fait appel à l'intention des parties pour justifier la qualification mixte de l'opération, à la fois vente et échange³⁰. N'est-ce pas le signe que la stricte comparaison des valeurs n'est pas seule en cause ?

26. Amiens, 26 mars 1947, *G.P.*, 1947, 2, 72 ; *S.*, 1947, 2, 135 ; *J.C.P.*, 1948, éd. N. II, 4526 note Ferré ; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1948, p. 57, obs. G. Lagarde.

27. Civ., 30 octobre 1950 précité (*D.*, 1950, 753, note R. Lenoan ; *J.C.P.*, 1951, II, 6016, note P. Raynaud).

28. 1^{re} Civ., 6 mars 1962, *J.C.P.*, 1962, II, 12838, note P. Voirin ; *G.P.*, 1962, I, 406 ; *D.*, 1962, *Somm.*, p. 93.

29. P. Voirin note précitée, *J.C.P.*, 1962, II, 12838.

30. Sur les limites des pouvoirs de la volonté des époux, en présence de la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, cf. P. Voirin, note précitée, *J.C.P.*, 1962, II, 12838.

Il n'est en tout cas pas douteux que « le mot « notablement » laisse aux juges du fait une certaine marge d'appréciation³¹ ». C'est en effet une constante de la jurisprudence dans tous les cas où la notion d'accessoire intervient pour la qualification d'un contrat : « Des formules employées on peut déduire simplement le désir de la jurisprudence de ne pas s'emprisonner dans des limites trop strictes. C'est donc moins à un calcul purement arithmétique qu'à un examen des proportions que se livre la jurisprudence³². » Généralement approuvés par la doctrine, les tribunaux entendent se réserver des possibilités d'appréciation, tout en laissant planer un certain mystère sur ce qu'ils entendent ainsi apprécier. Comme une différence de valeur est entièrement objective, ce n'est pas ce calcul qui demande à être interprété. Ce que les juges se considèrent tenus d'apprécier ne peut être que l'intention des parties. Mais que vient faire une recherche d'intention dans une conception quantitative de l'accessoire ?

140. — Le système serait-il *en principe* objectif, sauf à admettre que la volonté individuelle peut y apporter des *exceptions*, soit pour interdire de traiter une *minors pars* en accessoire, soit, à l'inverse, pour faire un accessoire d'un élément que la comparaison des valeurs ne révélerait pas inférieur au « principal » ? On ne voit pas comment des considérations subjectives pourraient entrer en interférence avec la méthode quantitative. Pourquoi le rapprochement des chiffres n'aurait-il pas toujours la même portée ?

Si les volontés seules sont impuissantes à agir sur des données objectives telles que les quantités, elles peuvent intervenir pour en fixer *l'étalon de mesure*. Si la *major pars* et la *minor pars* ne se calculent pas d'après leur équivalent monétaire mais s'apprécient au regard de l'importance subjective qu'elles revêtent aux yeux des parties, le renversement d'optique est complet : la base du système est subjective et les comparaisons objectives ne sont que des *indices* permettant de reconstituer l'intention véritable des intéressés. On comprend alors l'attitude des tribunaux qui tiennent compte des données quantitatives tout en conservant des positions empreintes d'une grande souplesse.

On est donc ramené à une conception qualitative et non quantitative de l'accessoire.

Or quelles sont ces qualités particulières permettant de dire qu'un élément inséré dans un contrat est accessoire ou principal ?

S'agit-il de l'intérêt attaché par les parties, pour des raisons de convenances personnelles, à tel ou tel aspect de la convention ? S'aventurer dans une recherche des mobiles serait impraticable.

31. *Ibid.*

32. F. Terré, thèse, n° 102.

Il serait de plus impossible de justifier la règle de l'accessoire autrement que par la toute puissance de la volonté s'exerçant directement sur les qualifications. Ce serait, en réalité, renoncer au contrôle des qualifications.

Il faut donc nécessairement se limiter à la matière même de l'accord et caractériser l'importance relative des éléments en présence, de telle manière que des qualités ainsi isolées on puisse tirer des conséquences pour la détermination des catégories applicables. C'est en définitive le rôle joué par ces éléments dans l'économie du contrat telle qu'elle a été voulue par les parties qui permet d'établir cette hiérarchie. On retrouve la notion d'accessoire au sens strict. Une pièce du contrat est accessoire si elle est « ajoutée » aux autres, si elle constitue un « supplément ».

Mais, immédiatement, resurgit l'objection que nous avons nous-mêmes formulée : comment un élément, par hypothèse essentiel, peut-il en même temps être accessoire, si l'on entend ce terme au sens strict ? Comment l'indivisibilité peut-elle se superposer à un rapport d'accessoire à principal ?

B. — L'indivisibilité et le rapport d'accessoire à principal

141. — La difficulté tient aux incertitudes qui s'attachent encore à la notion d'indivisibilité³³. Des études qui lui ont été consacrées, il ressort surtout que ce mot ne recouvre pas toujours la même réalité et qu'il existe des degrés dans l'étendue d'un lien d'indivisibilité³⁴.

Le transfert d'un bien et le versement d'une soulte sont indivisibles en ce sens que les deux éléments sont tous deux nécessaires à l'existence du contrat. Ils sont, à ce point de vue, sur un pied d'égalité. Mais le lien d'indivisibilité ne va pas au-delà. « L'indivisibilité intéresse alors une question de *nullité*. C'est seulement

33. Cf. notamment J. Boulanger, « Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1950, p. I s. — F. Terré, thèse, n^{os} 465 s.

34. Le parallélisme entre l'utilisation de la notion d'indivisibilité en droit positif et celle de la relation d'accessoire à principal est assez frappant. Dans les deux cas, on a la très nette impression qu'un certain prestige des mots paraît dispenser de l'analyse. Dans les deux cas, ce verbalisme cache des réalités assez différentes (vf. pour l'indivisibilité, J. Boulanger, article précité). Surtout, l'indivisibilité, comme la maxime *accessorium sequitur principale* peuvent tantôt se borner à traduire des données, tantôt être utilisées au delà des simples résultats de l'analyse, à titre de procédés techniques originaux aptes à fournir les résultats dont on a besoin. (Pour l'indivisibilité, cf. P. Voirin, note sous 1^{re} Civ., 5 janvier 1966, *J.C.P.*, 1966, II, 14592 ; Pour la règle de l'accessoire, cf. *infra*, 2^e partie.) Dans les deux cas, une grande partie de l'obscurité vient de la confusion entre ces deux aspects, le procédé technique plus ou moins artificiel se parant abusivement de la force qui s'attache à la constatation des faits.

s'il y a indivisibilité que la nullité qui affecte l'un des éléments de l'opération contaminera le tout³⁵. »

La question de qualification se situe sur un autre plan. « L'établissement d'un lien d'indivisibilité entre des éléments distincts n'a pas toujours et nécessairement pour conséquence d'entraîner l'apparition d'une nouvelle qualification applicable à l'ensemble... Si deux éléments indivisiblement liés le sont à tel point que le vice de nullité entachant l'un d'entre eux entraîne l'annulation de l'ensemble, on peut dire que les deux éléments sont, quant à la nullité, soumis à un régime juridique unique. Il n'y a pas pour autant qualification unique³⁶. » Deux opérations distinctes, recevant chacune une qualification propre, tel un bail et une promesse de vente, peuvent cependant être indivisibles en ce sens que l'une ne saurait subsister sans l'autre. L'apparition du lien d'indivisibilité, bien qu'elle entraîne, dans une certaine mesure, une altération du régime propre à chacune des opérations, ne modifie cependant pas leur qualification. Ce n'est que si les différents éléments étaient eux-mêmes atteints dans leur structure que l'indivisibilité retentirait sur la qualification de l'ensemble.

Qualifier séparément les deux opérations revient à les considérer, au stade de la qualification, comme *indépendantes*, malgré le lien d'indivisibilité qui les unit et qui commande la question de nullité. Si, faisant abstraction de l'indivisibilité, on peut découvrir deux qualifications distinctes, pourquoi, faisant abstraction de l'indivisibilité, ne pourrait-on découvrir, au regard de la qualification, un rapport d'accessoire à principal ?

Pour trancher la question de nullité, il suffit d'un examen assez sommaire. On prend en considération le résultat de l'aménagement réalisé par les parties : ont-elles construit un ensemble unique ? Pour résoudre la question de qualification, il faut procéder à une analyse plus profonde. Il ne suffit pas d'envisager la position de chaque élément par rapport à l'ensemble, il faut rechercher l'articulation des éléments *entre eux*. Et là, ils peuvent apparaître indépendants, indivisibles ou unis par un rapport d'accessoire à principal.

Le premier degré de l'analyse permet d'établir quels sont les éléments constitutifs de l'ensemble. Cette liste étant dressée, on sait quelles sont les pièces essentielles du contrat, dont la disparition entraînera l'anéantissement de l'ensemble. L'opération de qualification suppose acquis les résultats de cette première analyse. Mais elle franchit ce stade. Il faut encore s'attacher à une analyse des éléments eux-mêmes. C'est à ce second degré qu'apparaît le rapport d'accessoire à principal. Etant établi qu'un élément est déterminant, il reste possible de pousser davantage l'examen de son

35. J. Boulanger, article précité, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1950, p. 4.

36. F. Terré, thèse, n^{os} 482 s.

rôle et de rechercher à *quel titre* il intervient dans le contrat. Il est parfaitement concevable qu'il joue un rôle de complément, caractéristique de l'accessoire et que, cependant, ce complément ait été jugé assez important par les parties pour qu'elles en fassent dépendre l'existence de la convention toute entière. Au regard de la question de l'existence du contrat, peu importe ; tous les éléments déterminants sont sur un pied d'égalité. Au regard de la question de qualification il devient intéressant de rechercher en quelle qualité chaque élément a été introduit dans le contrat car les caractéristiques propres de ces éléments peuvent s'en trouver modifiées ; or le choix d'une catégorie tient compte de ces caractéristiques.

142. — Cette différence entre les deux degrés de l'analyse explique que l'indivisibilité, toujours invoquée pour la question de nullité, soit tantôt retenue, tantôt proprement négligée pour la qualification de l'ensemble. L'indivisibilité peut modifier les caractères des éléments constitutifs du contrat eux-mêmes. Elle influence alors la qualification. « Une nouvelle qualification d'ensemble ne sera adoptée que parce que des effets différents de ceux qui sont produits par chacun des éléments ou opérations composants seront produits par l'ensemble³⁷. » Mais « le lien d'indivisibilité peut être plus ou moins fort. Lorsque sa portée est limitée, certaines conséquences en résulteront déjà, par exemple sur le terrain de la nullité ou de la production d'effets limités... lorsque le lien sera plus fort, la question de qualification apparaîtra au grand jour...³⁸ ». En effet, si le lien d'indivisibilité n'a pas d'autre portée que d'assurer l'unité de l'ensemble, il ne commande que la question de l'*existence* de cet ensemble. Or, lorsqu'il s'agit de la qualification, cette question ne se pose plus. Au contraire, il est normal d'en faire abstraction. Qualifier, c'est d'abord *analyser* la situation de fait, c'est la *décomposer*. Par là, c'est rompre intellectuellement l'unité de l'ensemble qui, par hypothèse, est nécessaire à son existence réelle. Une dissection détruit la vie. De la même manière, isoler les différents éléments du contrat, dont aucun ne pourrait subsister séparé des autres, est délibérément mettre de côté les conditions de leur existence effective, pour ne retenir que leurs qualités juridiques.

Il n'y a donc pas contradiction entre un lien d'indivisibilité et un rapport d'accessoire à principal, dès lors qu'ils ne produisent pas leurs effets sur le même plan. Un élément peut être essentiel quant à l'existence du contrat et accessoire quant à la qualification.

La question posée éliminant le problème de la survie respective des éléments en présence, il n'est évidemment plus possible d'utiliser, à propos de la qualification, certains critères de l'accessoire qui se révèlent efficaces ailleurs. Mais il reste l'idée que

37. *Ibid.*

38. *Ibid.*, n° 483.

l'accessoire s'ajoute au principal. Ce principal n'est pas le contrat lui-même, mais certains de ses éléments. Car c'est à l'intérieur du contrat que l'on retrouve les procédés de l'affectation et de la « production ».

A partir de là, on peut expliquer le jeu de la règle de l'accessoire dans la qualification d'un contrat et en saisir la portée. Car le mécanisme de la maxime *accessorium sequitur principale* n'a rien de mystérieux et n'est autre que l'application de la technique « de droit commun » des qualifications, qui, simplement, tient compte des caractères propres de l'accessoire. Ceci laisse prévoir qu'on ne peut tirer des effets illimités de la règle de l'accessoire ainsi entendue. Il est important de marquer ces bornes, que l'on n'aperçoit pas toujours nettement, en raison de la confusion, très répandue, entre la mise en œuvre de la notion d'accessoire au sens strict et la règle *major pars trahit ad se minorem*.

Nous examinerons donc la portée de la règle de l'accessoire après avoir exposé son mécanisme.

§ 2. — Le mécanisme de la règle de l'accessoire.

143. — Une des difficultés majeures de l'exposé du jeu de la maxime *accessorium sequitur principale* dans la qualification des contrats consiste à faire la distinction entre ces conséquences « de droit commun » du rapport d'accessoire à principal, et l'application de la règle *major pars trahit ad se minorem*.

Il est des cas, pourtant, où il est facile de se limiter à la notion d'accessoire au sens strict, parce que la conception quantitative de l'accessoire n'y est pratiquement jamais invoquée. Il s'agit de ce que les romanistes appelaient les *naturalia*, par opposition aux *essentialia*. « Les *naturalia* ou éléments naturels sont les éléments qui se rattachent à un contrat donné, mais que les stipulations des parties peuvent faire disparaître sans que la nature du contrat utilisé s'en trouve altérée³⁹. » Lorsqu'on analyse un contrat en vue de sa qualification, on découvre en effet souvent des « obligations accessoires » dont la nature propre s'accorde harmonieusement avec celle des obligations principales. La qualification de tels contrats ne fait pratiquement pas de difficulté.

Il est pourtant intéressant de comprendre ce que signifie alors la règle de l'accessoire, car c'est un mécanisme tout à fait analogue qui fonctionne dans les hypothèses, beaucoup plus controversées, où le contrat comporte des éléments hétérogènes. Dans ce dernier cas, les solutions n'ont pas la même netteté parce que les éléments accessoires doivent leur qualité à la volonté des parties qui les rattache plus ou moins artificiellement à des éléments principaux ressortissant à des catégories différentes. Mais toujours, la

39. F. Terré, thèse, n° 392.

maxime *accessorium sequitur principale* se borne à tirer les conséquences du rapport d'accessoire à principal.

A. — Les obligations accessoires par nature

Certains contrats sont « naturellement » assortis d'obligations accessoires. Tel est le cas, par exemple, de la vente ou du bail comportant une obligation de garantie, ou du contrat de transport mettant à la charge du transporteur une obligation de sécurité. On peut raisonner sur ces exemples-types.

En quoi des obligations comme la garantie ou l'obligation de sécurité sont-elles accessoires et quelles conséquences tire-t-on de cette caractéristique ?

a) Le rapport d'accessoire à principal.

144. — Il n'est pas besoin de s'attarder à éliminer le système de comparaison quantitative. Comment chiffrer une obligation de garantie ou une obligation de sécurité ? S'agirait-il des dépenses qu'elles sont susceptibles d'occasionner au débiteur ou de l'avantage qu'elles procurent au créancier ? Il n'est guère possible d'évaluer que les conséquences de leur inexécution et, dans ce cas, elles dépassent souvent « la valeur » de l'obligation principale.

Mais si l'on envisage le rôle de ces obligations accessoires, à quel titre elles sont insérées au contrat, on retrouve sans peine les caractéristiques du rapport d'accessoire à principal.

A quoi sert l'obligation de garantie ? Comment est-elle rattachée aux obligations principales ? Il est indéniable que le contractant garanti bénéficie d'une sécurité accrue. Dans la vente, par exemple, l'acheteur peut être certain que l'objet qu'il acquiert lui donne satisfaction car, à défaut, le préjudice qu'il en éprouverait serait compensé par son vendeur. On a tendance à ne voir dans l'obligation de garantie que son aspect négatif : une responsabilité sévère. Mais une telle responsabilité n'est que la sanction de la violation d'une obligation « positive » que M. Gross a fort bien mise en lumière : « L'idée de garantie évoque une certitude, l'homme qui garantit est un homme qui doit être certain de son fait. Grâce à des éléments dont il dispose, il peut prouver ce qu'il avance. Dans le domaine contractuel, le vendeur, par exemple, qui garantit la chose qu'il transmet, sait que l'objet vendu donnera toutes satisfactions à l'acquéreur. Quant au garanti, c'est celui qui a placé sa confiance dans une autre personne et qui attend en retour une sécurité. La certitude que donne la garantie est celle, tant du côté du débiteur que de celui du créancier, que l'opération se déroulera normalement... L'engagement essentiel du garant consiste à prendre un soin tout particulier lorsqu'il s'acquitte de ses obligations... La prestation du garant se ramène à être particulièrement vigilant... L'obligation de garantie a donc un aspect

positif... La garantie est une obligation complexe. Elle comprend tout un certain nombre d'obligations qui gravitent autour de l'obligation principale du contrat et qui l'accompagnent dans son destin. Ces obligations apparaîtront sans doute hétérogènes mais il faut bien comprendre qu'elles retrouvent une certaine unité quand on envisage le but de l'institution : ce but étant d'obtenir la réalisation des résultats pratiques de la convention...⁴⁰ »

On ne peut mieux caractériser l'affectation d'un accessoire au service du principal. L'obligation de garantie renforce, complète d'autres obligations. Elle est un supplément ajouté au principal.

145. — Concevrait-on une obligation de sécurité autrement que greffée sur une autre obligation ? On songe évidemment à l'assurance. Et il est de fait que les développements de la jurisprudence en matière de contrat de transport rapprochent singulièrement la situation du transporteur de celle d'un assureur. Mais l'analogie n'apparaît que d'un point de vue économique et seulement à propos des conséquences de l'inexécution de l'obligation de sécurité. Or, cette obligation est d'abord faite pour être exécutée. L'assureur ne promet pas de faire échapper son client aux accidents. Personne ne pourrait tenir un tel engagement qui heurterait d'ailleurs la liberté du créancier. Mais le transporteur promet d'éviter à son cocontractant tous les dommages qui pourraient survenir à l'occasion du transport. S'il peut ainsi s'engager positivement à procurer la sécurité de son partenaire, c'est parce que la référence à une autre obligation permet de préciser le domaine dans lequel il doit agir.

On s'en est bien aperçu lorsqu'on a tenté de fonder sur le terrain contractuel la responsabilité de l'exploitant d'un magasin à l'égard des clients éventuels. Il fallait greffer l'obligation de sécurité sur d'autres obligations contractuelles. Et c'est précisément la difficulté qu'on éprouve à trouver un support, qui est l'argument majeur conduisant à rejeter l'idée d'une responsabilité contractuelle. « L'accord est unanime sur le caractère accessoire de l'obligation contractuelle de sécurité. Or, il est impossible de rattacher d'une manière vraiment satisfaisante l'obligation du magasin de veiller à la sécurité de sa clientèle, à un contrat quelconque, ce qui détourne d'admettre la nature contractuelle de cette obligation de sécurité⁴¹. »

L'obligation de sécurité ne peut être imposée qu'à partir d'une autre obligation et à condition que cette obligation principale se prête à lui servir de point d'appui⁴².

40. B. Gross, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, thèse, Nancy, 1962, n° 101.

41. J. Lacombe, « La responsabilité de l'exploitant d'un magasin à l'égard de ses clients », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1963, p. 255.

42. Il semble bien que l'obligation principale à laquelle une obliga-

On retrouve les caractéristiques de l'accessoire par « production ». On pourrait songer à l'affectation. Mais si le but de l'obligation accessoire est proche de celui de l'obligation principale, il s'en distingue. On ne peut dire que l'obligation de sécurité ne peut atteindre son but qu'au travers du service du principal. C'est un avantage d'un autre ordre procuré au créancier à l'occasion de l'exécution de l'obligation principale.

Voici donc des obligations qui doivent leur qualité d'accessoire au rôle qu'elles jouent dans l'économie du contrat. Que peut-on tirer de ce rapport d'accessoire à principal ?

b) Les conséquences du rapport d'accessoire à principal.

146. — La situation est assez différente de celle que nous avons rencontrée à propos des clauses accessoires non déterminantes. La question de nullité présente peu d'intérêt, dans la mesure où les obligations sont issues de la loi ou de la jurisprudence. On voit mal comment l'insertion par la loi d'une obligation accessoire dans un contrat pourrait en déterminer l'annulation ! Au reste s'il est possible que la considération de ces obligations accessoires ne soit pas déterminante de l'accord des volontés, il peut aussi arriver qu'elle commande l'échange des consentements. Il n'est pas extraordinaire qu'une des parties n'accepte de passer le contrat que si son partenaire assume une obligation de garantie ou une obligation de sécurité... Même déterminantes, ces obligations sont accessoires. Mais ce n'est plus alors au regard de l'existence du contrat, c'est au regard de sa qualification.

Dans son ouvrage sur « la notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats », M. Gross expose ainsi « le caractère d'obligation accessoire de la garantie⁴³ » : « Dans la plupart des contrats, deux sortes d'obligations peuvent être distinguées : d'une part, les obligations principales qui sont de l'essence même du contrat et, d'autre part, les obligations accessoires qui sont seulement de la nature de la convention. Les premières sont indispensables pour qualifier le contrat. Les secondes, tout en s'incorporant à la convention principale, sont sans influence sur la qualification. Une vente, étant un contrat à titre onéreux, ne se conçoit pas sans l'obligation pour l'acquéreur de payer un prix sérieux ; il y a là une obligation principale. En revanche, il est possible de passer un tel contrat, sans prévoir une date déterminée pour le transfert de propriété ou pour la délivrance de l'objet ; ce sont des obligations

tion de sécurité peut être rattachée doit être une prestation de services : « Autant il est logique lorsque l'obligation essentielle du débiteur contractuel est un service touchant à la personne de son créancier, d'admettre que cette obligation nécessite implicitement celle d'assurer la sécurité du créancier, autant rien ne l'impose lorsque l'obligation est la fourniture d'une chose. » (*Ibid.*)

43. Thèse précitée, n^{os} 44 s.

accessoires. L'obligation de garantie a sa place dans cette classification ; elle se range parmi les obligations accessoires.

« ... Les parties... conservent... le droit d'écarter la garantie du contrat sans qu'il en souffre dans son appellation même : une vente restera une vente, que la garantie existe ou non dans le contrat. Dans certains contrats, la jurisprudence considère la garantie comme une obligation d'ordre public. Elle n'en demeure pas moins une obligation accessoire. En effet, la garantie se superpose toujours à certaines obligations nées de la convention. Elle renforce la portée de celles-ci, mais elle laisse intacte leur nature. Bien que la garantie ait une grande importance, elle ne modifie pas sensiblement le contrat... »

On remarquera que c'est à propos de la qualification du contrat qu'apparaît le caractère accessoire de l'obligation de garantie. Et comment se manifeste ce caractère dans l'opération de qualification ? L'obligation accessoire est *sans influence* sur le choix de la catégorie applicable.

147. — L'explication découle de la notion d'accessoire.

D'un côté, l'obligation accessoire n'est pas un élément de la catégorie à laquelle ressortissent les obligations principales. L'accessoire, en effet, est un supplément qui s'ajoute au principal sans en faire partie. Certes, dans le cas concret, l'obligation accessoire peut être déterminante. Lorsque la considération de la garantie promise décide l'acheteur à conclure la vente, la garantie est, en pratique, aussi essentielle que la stipulation du prix. Mais au plan général de la catégorie abstraite, la garantie n'est pas de l'essence de la vente. On s'en aperçoit parce qu'il existe des ventes, qualifiées comme telles, d'où la garantie est exclue. Et ceci parce que le rôle propre de la garantie est d'ajouter un surcroît de sécurité. Elle n'est jamais qu'un supplément. Même si, en fait, dans le cas considéré, sa présence est indispensable, on pourra, en d'autres circonstances, se passer d'un tel supplément. Une catégorie ne retient que les traits décisifs, dont il n'est *jamais* possible de se passer sans défigurer l'opération.

Nous avons déjà rencontré ce décalage entre la situation concrète et les définitions juridiques⁴⁴. Chaque fois qu'on est en présence d'un accessoire nécessaire, on peut dire que, d'un point de vue pratique, il fait partie du principal. Mais du point de vue juridique, il s'en distingue, car il n'entre pas dans la même catégorie, parce qu'en d'autres circonstances des éléments de même nature que le principal existent seuls. C'est exactement la situation de l'obligation accessoire lorsqu'elle est aussi déterminante. Par rapport aux obligations principales, elle est un accessoire nécessaire. Elle n'est toujours qu'un accessoire.

44. *Supra*, n° 33.

On constate donc qu'au regard de la qualification, l'adjonction de l'obligation accessoire *ne modifie pas* les obligations principales : le principal ne suit pas le sort de l'accessoire.

D'un autre côté, l'obligation accessoire elle-même n'est pas susceptible de recevoir une qualification absolument autonome. Pour la bonne raison qu'une telle obligation n'existe jamais à l'état isolé. Elle sera certes qualifiée en fonction de ses caractères propres. Mais précisément, ces caractères faisant ressortir sa position d'accessoire, implicitement mais nécessairement, sa qualification se fait aussi en fonction des obligations principales. Il ne peut donc y avoir de conflit entre la catégorie des obligations principales et celle de l'obligation accessoire.

On s'aperçoit que c'est la simple analyse du rapport d'accessoire à principal qui détermine un certain alignement de la qualification de l'accessoire sur celle du principal.

Dès lors, la qualification du contrat dans son ensemble ne peut que prendre acte de ce « nivellement ». Un contrat de vente avec obligation de garantie sera qualifié « vente », car cette seule catégorie précise les traits essentiels de la convention entière. Par elle-même, la catégorie « garantie » n'indique pas autre chose qu'une certaine sorte d'accessoire. Elle ne suffit même pas à caractériser l'obligation accessoire sans faire référence aux obligations principales. Elle ne saurait, a fortiori, orienter la qualification de l'ensemble du contrat.

Cette analyse pourrait être appliquée, *mutatis mutandis*, aux autres obligations accessoires.

Il est important de noter que le caractère accessoire de l'obligation explique que celle-ci soit *sans influence* sur la qualification du contrat. Cette qualification dépend exclusivement des obligations principales.

Or, c'est bien une situation voisine que l'on rencontre lorsqu'on qualifie un contrat d'« échange avec soulte » : l'élément « soulte » ne détermine pas la catégorie où se range le contrat. Mais la justification de la solution est beaucoup plus discutée.

On le comprend aisément. Il n'y a pas, dans de telles hypothèses, d'éléments accessoires « par nature » qui, dès le départ, sont prédisposés à s'aligner sur les éléments principaux. Au contraire, c'est un conflit de qualifications que la règle de l'accessoire paraît résoudre au premier abord et la détermination des accessoires, elle-même, suscite bien des difficultés à propos desquelles les tribunaux doivent souvent se livrer à de délicates appréciations. La raison en est que les éléments accessoires doivent leur qualité au rôle qui leur est assigné par la volonté des parties.

B. — Les éléments accessoires de par la volonté des parties

Les parties ne sont pas tenues de limiter leurs conventions aux seuls contrats nommés. Non seulement elles peuvent inventer

des stipulations originales, mais elles peuvent combiner des pièces empruntées à différentes catégories connues. Ce faisant, elles aménagent souvent les éléments de leur accord, selon un rapport d'accessoire à principal. L'analyse du contrat révèle alors qu'une disposition est affectée au service d'une autre ou « produite » — au sens où nous entendons ce terme — par une autre.

Il suffit de mettre en lumière ces deux types de rapports pour s'apercevoir que les conséquences qui en découlent sont, au plan de la qualification, analogues.

a) L'affectation.

148. — Nous nous proposons, pour faire apparaître l'incidence d'un rapport d'affectation sur la qualification d'un contrat, de raisonner d'abord sur l'exemple de l'échange avec soulte.

Parler d'affectation dans ce cas peut surprendre. Et pourtant c'est bien de cela qu'il s'agit.

Primus veut échanger son terrain contre l'immeuble de Secundus. Pour obtenir l'accord de Secundus, Primus lui offre, en plus de son terrain, une somme d'argent.

Le mécanisme de l'opération de qualification est bien connu : « Il s'agit d'identifier les cas auxquels s'applique la règle de droit... On parle volontiers d'un syllogisme. Une vente, par exemple, suppose à la fois l'existence d'un chose, d'un prix et d'un transfert de propriété. A propos d'un acte présentant ces trois caractères, le juge fera le raisonnement suivant : une vente suppose l'existence des éléments précités — en l'espèce il y a une chose, un prix et un transfert de propriété — dès lors, il y a bien une vente. La finale du syllogisme constitue le terme de l'opération. Celle-ci apparaît comme la confrontation d'une définition et d'un cas concret...⁴⁵ »

La phase essentielle est donc l'analyse du « cas concret ».

Dans l'exemple que nous avons retenu, on découvre dans l'opération intervenue entre Primus et Secundus : le transfert de la propriété d'un terrain, le versement d'une somme d'argent et en retour le transfert de la propriété d'un immeuble. Si l'on confronte ces éléments avec les catégories connues on s'aperçoit que le transfert de la propriété du terrain en contrepartie du transfert de la propriété de l'immeuble répond à la qualification d'« échange », tandis que le paiement d'une somme d'argent correspondant au transfert de la propriété d'un immeuble entre dans la catégorie « vente ».

Mais s'en tenir là, dans l'hypothèse telle que nous l'avons posée, est insuffisant.

45. F. Terré, thèse, n° 3.

Pour envisager la catégorie « vente », il faut une chose, un prix, un transfert de propriété. Mais il faut aussi que le transfert de propriété de la chose soit la contrepartie *immédiate* du paiement du prix. Cela résulte de la définition même du « prix » : « Le prix est la somme d'argent que l'acheteur s'engage à donner *en échange de la chose* »⁴⁶. Entre la transmission de la chose et le versement de la somme d'argent, doit exister un lien direct. La vente est un contrat synallagmatique dans lequel les deux prestations se servent réciproquement de cause. Sans entrer dans les controverses développées à propos de la notion de cause, on doit constater que le but de chacune des deux obligations est pris en considération pour la qualification de vente.

Or, dans notre exemple, si Primus s'oblige effectivement à verser une somme d'argent, c'est bien en vue d'obtenir la propriété de l'immeuble de Secundus. Mais ce but n'est *qu'indirect*. Il s'agit d'abord de compléter la valeur du terrain proposé en échange. Et c'est par l'intermédiaire de cet échange que le transfert de la propriété de l'immeuble de Secundus sera obtenu. La prestation monétaire *s'ajoute* à l'échange qu'elle vient parfaire. Le but direct de ce versement est d'équilibrer les deux termes de l'échange. Le paiement de la somme d'argent est au service de l'échange. C'est bien là l'affectation, que nous avons reconnue pour une source du rapport d'accessoire à principal ; l'accessoire poursuit finalement le même but que le principal, — ici obtenir la propriété de l'immeuble de Secundus — mais il ne peut l'atteindre qu'au travers du principal. L'élément « échange » s'intercale entre la prestation monétaire et le transfert de la propriété de l'immeuble de Secundus.

Mais, en relevant les caractères de la notion d'accessoire, on écarte en même temps la qualification de vente. L'obligation de verser une somme d'argent n'est pas un prix parce que le transfert de propriété de la chose n'en est pas la contrepartie immédiate. Il ne peut pas y avoir de conflit entre les catégories d'échange et de vente. Seuls les éléments de l'échange sont réunis. Le transfert de la propriété du terrain de Primus n'a pas d'autre objectif que le transfert de la propriété de l'immeuble de Secundus.

Le contrat sera donc qualifié échange, malgré l'élément hétérogène qu'est le versement d'une somme d'argent, parce que cet élément apparaît en retrait, incapable de déclencher la qualification du contrat.

En effet, s'agissant d'un contrat synallagmatique, la catégorie doit rendre compte de l'interdépendance des prestations. Et notre élément accessoire n'est lié qu'indirectement à la contreprestation, au travers de l'élément principal qu'il vient en premier lieu compléter.

149. — Que devient alors l'élément accessoire ?

On ne peut pas l'ignorer complètement. On ne peut l'assimiler à l'élément principal : ce n'est pas parce que l'obligation de payer

une somme d'argent est destinée à compléter un échange qu'elle perd sa nature propre, qui est absolument réfractaire à la qualification d'échange.

Il faut laisser l'accessoire à sa place. C'est une prestation monétaire, ce n'est pas un élément de la vente. Il est évident que les qualifications s'enchaînent et s'imbriquent les unes dans les autres à tous les degrés. En présence d'un cas concret, on procède par cercles concentriques, dont chacun correspond à une catégorie. Nous avons envisagé la qualification du contrat. Mais cela suppose qu'on ait déjà qualifié l'opération de « contrat » et même, dans notre hypothèse, de contrat à titre onéreux, commutatif, synallagmatique... On peut toujours aller des qualifications les plus larges aux plus précises et chaque détail, dès qu'il est isolé, peut entrer dans une catégorie... Les éléments du contrat, en tant que tels, sont eux-mêmes qualifiés. Et l'on ne fait pas autre chose qu'établir ces qualifications intermédiaires lorsqu'on analyse une convention pour savoir si elle entre dans une catégorie connue de contrats nommés. Lorsqu'on dit qu'il y a vente en présence d'une chose, d'un prix, d'un transfert de propriété, cela suppose que chacun de ces éléments a été ainsi qualifié. Ici, le versement d'une somme d'argent ne peut être qualifié « prix ». Mais il doit être qualifié « élément accessoire ». On l'appellera donc « soulte ». La soulte est cette prestation qui intervient pour assurer un équilibre des valeurs, aussi bien dans un échange que dans un partage. Cette destination particulière en fait un accessoire. C'est-à-dire qu'elle n'est pas ignorée, qu'elle ne change pas de nature, mais qu'elle est *neutre* à l'égard de la qualification du contrat où elle est incluse. A la différence du prix, elle ne peut être utilisée pour reconstituer une catégorie plus vaste, comme celle de vente.

Notre contrat sera donc qualifié « échange avec soulte », ce qui traduit exactement la situation de fait : le contrat est un échange et c'est le régime de l'échange qui lui sera applicable⁴⁶ et le versement d'une somme d'argent n'est que le paiement d'une soulte, élément accessoire sans effet sur la détermination de la catégorie de l'ensemble.

Il ne s'agit donc que du jeu tout à fait normal du mécanisme de la qualification, tirant les conséquences logiques de la situation de fait.

150. — Il serait possible de multiplier les exemples. Le raisonnement est toujours le même. Si nous l'avons exposé à propos de l'hypothèse bien connue de l'échange avec soulte, c'est parce que nous avions déjà auparavant débarrassé largement ce cas des

46. Planiol, Ripert, Hamel, X, n° 35.

47. Civ., 10 février 1926, *D.H.*, 1926, 202. — Planiol et Ripert par Hamel, X, n° 403.

confusions qu'y introduit le système de la comparaison des valeurs⁴⁸. Car c'est de là que provient la seule difficulté lorsqu'il s'agit de tirer les conséquences fort simples du rapport d'accessoire à principal entre les éléments d'un contrat. Nous n'en retiendrons ici qu'une illustration : le contrat par lequel un entrepreneur fournit à son cocontractant à la fois son travail et la matière sur laquelle porte ce travail.

L'analyse sommaire du contrat découvre les éléments de deux qualifications différentes. D'une part, moyennant une rémunération, l'entrepreneur se charge de produire une œuvre au moyen de son travail. En l'absence de tout lien de subordination, il y a là un louage d'ouvrage ou d'industrie, qu'on préfère en général aujourd'hui appeler contrat d'entreprise. D'autre part, la fourniture de matériaux, contre une somme d'argent, conduit à la qualification de vente.

Les formules du Code civil sont d'un assez faible secours. L'article 1711, alinéa 6, semble réserver la dénomination de louage au contrat dans lequel l'entrepreneur fournit uniquement ses services à l'exclusion de toute matière⁴⁹. Au contraire, l'article 1787, rangé sous la rubrique « des devis et des marchés⁵⁰ », dispose : « Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière⁵¹. »

Les représentants de la doctrine ont soutenu des systèmes contradictoires. Certains prétendent, avec d'ailleurs des nuances entre eux, qu'il faut reconnaître une nature mixte à l'opération⁵². D'autres défendent le principe d'une qualification unique et parmi eux les partisans de la qualification de louage d'ouvrage malgré la

48. *Supra*, nos 139 s.

49. « Les devis, marché ou prix fait, pour l'entreprise d'un ouvrage moyennant un prix déterminé sont aussi un louage, lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait. » Le mot « aussi » ne renvoie pas à l'hypothèse où l'entrepreneur fournit la matière, mais aux cas précédemment cités par l'art. 1711 (bail à loyer, bail à ferme, bail à cheptel) qui sont « aussi » des louages. (Cf. F. Terré, thèse, n° 404.)

50. Mais peut-on tirer des indications sûres du classement d'un article dans telle ou telle rubrique ? — Cf. Planiol, *D.P.*, 1912, I, 114. — Comp. (à propos de la nature des droits de l'Etat en matière successorale). R. Savatier, *D.*, 63, 211 et J. Mazeaud, *D.*, 1965, 428.

51. Ce texte « réserve la question plus qu'il ne la résout : Il résulte en effet des travaux préparatoires que la distinction primitivement faite par le texte du projet a été écartée, non comme inexacte, mais comme purement doctrinale et ne devant point dès lors trouver place dans un texte législatif ». (E. Gaudemet, *S.*, 1912, I, 450, 3° col.)

52. Pour une succession dans le temps, louage jusqu'à réception des travaux, vente ensuite : Aubry et Rau, 5° éd., V, § 874 — concl. Desjardins, *D.*, 1897, I, 89.

Pour une qualification mixte, en même temps louage et vente : Planiol, *D.P.*, 1912, I, 113. Planiol et Ripert par Rouast XI, n° 912.

Beudant et Lerebours-Pigeonnière par Rodière XII, n° 182.

fourniture de matériaux par l'entrepreneur⁵³, s'opposent à ceux qui considèrent que le contrat devient une vente⁵⁴. C'est cette dernière solution qu'avait déjà proposée Pothier⁵⁵ avec deux exceptions : d'abord lorsque la matière fournie par l'entrepreneur est d'importance insignifiante⁵⁶, ensuite lorsque les matériaux ont été fournis par l'entrepreneur en vue d'une construction à élever sur un terrain qui, lui, est celui du maître de l'ouvrage⁵⁷.

Ces théories ont trouvé des échos en jurisprudence. Lorsqu'ils n'ont pu se dérober⁵⁸ les arrêts ont retenu quelquefois une qualification mixte⁵⁹, tantôt ils ont considéré le contrat comme une vente⁶⁰ et tantôt comme un louage d'ouvrage⁶¹. S'il s'agit de la construction d'un immeuble sur le terrain d'autrui il y a louage quelle que soit l'importance des matériaux procurés par l'entrepreneur, dès lors que le sol n'est pas fourni par lui⁶².

151. — Il est fréquent que l'on tente d'expliquer ces solutions en invoquant la notion d'accessoire⁶³. Malheureusement, c'est en général une conception purement quantitative de l'accessoire qui est invoquée. Et alors certaines positions des arrêts deviennent incompréhensibles. C'est d'une comparaison entre la valeur du travail et la valeur des matériaux fournis que dépendrait la qualifi-

53. Duranton, XVII, n° 250.

Duvergier « du louage », II, n° 335.

E. Gaudemet, S., 1912, I, 452.

54. Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 241 bis.

Lyon-Caen et Renault, « Traité de droit commercial », 4^e éd., V, n° 152.

Troplong, « De l'échange et du louage », II, n° 963.

Laurent, « Principes de droit civil », XXVI, n° 5.

G. Minvielle, Encycl. Dalloz, V^e Louage d'ouvrage et d'industrie, n° 21.

55. Traité du louage éd. Bugnet, IV, n° 394.

56. C'est l'exemple classique du tailleur qui fournit le fil et les boutons. Pothier, *op. cit.*, et *loc. cit.*

57. En ce sens :

Guillouard, II, n° 775.

Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, 2^e partie, n° 3874.

58. Civ., 5 janvier 1897, *D.P.*, 1897, I, 89. — Concl. Desjardins, note Planiol.

59. Colmar, 14 mars 1936, *Rev. Als. Lor.*, 1937, 113 ; *G.P.*, Tables quinqu., 1935-1940, V^e Louage d'ouvrage et de services, nos 1511 à 1518.

60. Civ., 20 mars 1872, *D.P.*, 1872, I, 140. — Req., 31 octobre 1900, S., 1904, I, 343. — Paris, 24 mai 1944, *J.C.P.*, 1945, II, 2742, note E. Béqué. — T. Com. Seine, 8 avril 1949, *D.*, 1950, Somm. 16. — Civ., 1^{er} août 1950, S., 1951, I, 100.

61. Lyon, 23 décembre 1892, *D.P.*, 1892, 2, 229. — Paris, 2 décembre 1897, *D.P.*, 1898, 2, 465. — Civ., 14 mars 1900, *D.P.*, 1900, I, 497 concl. Desjardins, rapp. Rau. note M.P.

62. Civ., 20 février 1883, *D.*, 1884, I, 32. — Civ., 18 octobre 1911 (deux arrêts), *D.P.*, 1912, I, 113, note M. Planiol, S., 1912, I, 449, note E. Gaudemet.

63. F. Terré, thèse n° 404 s. ; comp. Planiol et Ripert par Rouast XI, n° 912.

cation de louage ou de vente. Le système fonctionnerait sans trop de difficultés lorsque le contrat vise la fabrication d'un meuble. Mais s'agissant de l'édification d'un immeuble, tout dépend, pour la jurisprudence, de la question de savoir qui a fourni le terrain, indépendamment de toute comparaison de valeurs. A la suite de Pothier⁶⁴ une justification de la solution a été cherchée dans une opposition entre deux aspects de la règle de l'accessoire : à la première forme qui se traduirait par l'adage *major pars trahit ad se minorem* viendrait faire échec une seconde manifestation de la règle : *superficies solo cedit*.

Cette explication est peu satisfaisante.

Invoquer l'adage *superficies solo cedit* est une « méprise évidente, car le sol n'a pas fait l'objet du contrat⁶⁵ ». Le raisonnement consiste à dire que la primauté du sol démontre que l'essentiel de la matière a été fourni par celui pour qui l'ouvrage a été fait. Mais ce n'est pas la construction qu'il s'agit de qualifier. C'est le contrat. Or, si le contrat est qualifié louage lorsque le maître de l'ouvrage fournit la matière, c'est parce que le contrat ne porte que sur les services de l'entrepreneur. Dès l'instant que cet entrepreneur fournit une partie de la matière, fût-elle minime au regard de la structure du bâtiment, cette fourniture fait partie du contrat. Elle doit être comparée au travail et si elle l'emporte en importance par rapport au travail, le contrat devrait être une vente. Aussi n'est-il pas étonnant que la solution de la Cour de cassation soit critiquée⁶⁶.

152. — Mais tout ceci repose sur le postulat que la qualification du contrat met en œuvre la conception quantitative de l'accessoire. La position de la jurisprudence ne s'expliquerait-elle pas mieux si l'on s'en tenait à l'examen des conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal au sens strict ? On comprendrait que les solutions n'aient pas la rigidité mécanique d'une comparaison mathématique des valeurs et que le rôle de la règle de l'accessoire apparaisse plus limité.

1° Il est d'abord une première option à prendre selon le moment de la durée que les parties ont pris en considération. L'opération qu'il s'agit de réaliser se déroule dans le temps pour arriver à la fabrication achevée d'un bien. Or il est loisible aux parties d'envisager, au moment où elles contractent, la situation future. Elles sont en principe libres de regarder par anticipation comme existant déjà des choses qui n'existent pas⁶⁷. Selon l'article 1130, alinéa 1, du Code civil « les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation ». Dans notre hypothèse, les parties peu-

64. *Op. cit.*, n° 394.

65. Planiol, *D.P.*, 1912, 1, 113.

66. F. Terré, thèse, n°s 415 s.

67. F. Terré, thèse, n°s 60 s.

vent avoir eu en vue seulement le *résultat* de l'opération ou les *moyens* d'y parvenir. Dans le premier cas il s'agit d'une vente de chose future dans laquelle une somme de travail plus ou moins considérable a été incorporée. Ce travail ne peut être dissocié de la chose qu'il a modifiée, à laquelle il a peut-être donné une plus-value. L'objet du contrat est unique et le travail qui s'y est incorporé ne peut être individualisé. Les éléments du contrat sont homogènes et ne constituent qu'une vente. Il ne peut être question d'accessoire. Aucun élément du louage d'ouvrage n'apparaît. « La qualification de louage d'ouvrage met l'accent sur le présent, celle de vente de chose future sur l'avenir⁶⁸. » Or, par hypothèse, les parties ne sont délibérément placées dans l'avenir⁶⁹.

Elles peuvent aussi envisager le présent et prendre en considération les moyens d'atteindre le résultat recherché. C'est alors seulement que la qualification de louage d'ouvrage peut apparaître.

Ce choix est donc fondamental et cette première question doit être résolue avant qu'intervienne l'idée d'accessoire. Car la règle de l'accessoire est absolument hors de question pour trancher ce problème. Les parties peuvent se placer dans le présent ou dans l'avenir et l'on ne voit pas où pourrait jouer un rapport d'accessoire à principal. Il y a là une question de fait et tout dépend des volontés individuelles. Sans doute, à défaut de critère rigoureux, dispose-t-on de certains indices ; selon la pratique des affaires, les commandes d'objets adressées à des industriels constituent des ventes à livrer⁷⁰.

On pourra ainsi relever l'importance plus grande du travail par rapport à la matière brute dans l'objet fini, pour estimer que les parties ont dû considérer les moyens à employer plutôt que le résultat et ont donc envisagé l'opération dans le temps présent⁷¹. Mais ce n'est absolument pas faire appel à la notion d'accessoire ni même à l'adage *major pars trahit ad se minorem*. Il n'y a là aucun des caractères que nous avons retenus pour définir l'accessoire. Il n'y a pas non plus de jeu automatique d'une comparaison des valeurs : on ne voit pas pourquoi le fait que la valeur de la matière brute serait inférieure à la moitié de la valeur de l'objet fini, après incorporation du travail, impliquerait *nécessairement* que les parties n'ont pas voulu, dès le contrat, envisager la chose future. L'acheteur qui passe commande d'une automobile qui n'est

68. F. Terré, thèse, n° 61.

69. « Sans doute, lorsqu'il est question de louage d'ouvrage, il s'agit d'un ouvrage à accomplir. Mais la faculté d'accomplir un ouvrage existe déjà. Lorsqu'il est question de vente de chose future, et parce que l'accent est mis sur le résultat final de l'opération, c'est en définitive l'anticipation qui colore particulièrement le contrat. » (F. Terré, thèse, n° 61.)

70. E. Becqué, *J.C.P.*, 1945, II, 2742. — J. Carbonnier, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1945, p. 121.

71. *Civ.*, 1^{er} août 1950, précité *S.*, 1951, I, 100.

pas encore construite calcule-t-il de façon précise l'importance relative du travail et des matières nécessaires à la construction de l'objet ? Le contrat est néanmoins une vente. En réalité il ne s'agit ici que de discerner l'intention des parties et la comparaison des valeurs ne peut être qu'un indice parmi d'autres.

On remarquera encore que, dès lors que le maître de l'ouvrage fournit une partie de la matière à façonner, il devient très difficile de qualifier le contrat de vente de chose future. Non seulement il y a là une indication très sérieuse permettant de penser que les parties ont envisagé l'opération de fabrication de l'objet plutôt que l'objet fabriqué, mais surtout on n'achète pas ce que l'on a déjà. Il faudrait alors admettre qu'il n'y a vente que d'une fraction de la chose future, correspondant aux matières et au travail fournis par l'entrepreneur. Mais la chose fabriquée est une et tous les éléments ayant concouru à sa fabrication sont confondus⁷². Il semble impossible de déterminer quel serait l'objet exact de la vente de chose future. Pour que cette qualification demeurât, on devrait considérer que la fourniture de matières par l'acheteur constitue une dation en paiement partielle, ce qui ne correspond pas, la plupart du temps, à la volonté des parties. Et c'est pourquoi on ne voit pas d'exemple où l'édification d'un immeuble, lorsque l'entrepreneur ne fournit pas le terrain, soit qualifiée de vente d'une chose future⁷³.

153. — 2° Si l'on suppose établi que les parties ne se sont pas tournées vers l'avenir et ont envisagé l'opération de fabrication elle-même, il reste à qualifier le contrat. Et là, si l'entrepreneur fournit à la fois son travail et des matériaux, on peut hésiter entre les catégories de vente et de louage d'ouvrage.

Or, on conçoit fort bien que l'un ou l'autre des éléments ne figure dans la convention qu'à titre de complément, pour parfaire l'opération principale.

Les parties ont pu faire un contrat dans lequel la fourniture de matière par l'entrepreneur n'intervient que pour servir l'élément fourniture de travail. Dans ce cas le caractère accessoire de la prestation apparaît au regard du but poursuivi. Sans doute la fourniture de la matière est-elle essentielle pour la fabrication de l'objet. Sans doute aussi, est-elle essentielle à l'économie du contrat. Mais le but immédiat de cette prestation n'est pas d'obtenir

72. Comp. les règles du Code civil en matière de spécification et mélange, art. 570 s.

73. Le raisonnement de Pothier (*supra*, nos 150, 151) n'apparaît donc pas aussi faux qu'il pourrait sembler au premier abord. Sans doute le sol ne fait-il pas l'objet du contrat. Mais, précisément, c'est la preuve que le contrat n'a pas pour objet la chose future, dont le sol fait partie.

Il est vrai qu'on pourrait dire que malgré son implantation sur le terrain, la construction peut être distinguée du sol et pourrait faire l'objet d'une vente.

la contreprestation du cocontractant, c'est de rendre efficace la fourniture de travail qui, elle, est faite uniquement en vue de la rémunération qui en est la contrepartie. C'est là toute la différence entre l'accessoire et le principal : l'élément accessoire poursuit finalement le même but que l'élément principal, mais il ne peut l'atteindre qu'indirectement, au travers du service du principal.

Dès lors, les conséquences sont claires : la catégorie vente ne peut être retenue puisqu'il y a un hiatus entre la fourniture de la chose et la contrepartie. Seule la qualification de louage d'ouvrage rend compte de la structure du contrat.

La situation inverse pourrait d'ailleurs se rencontrer et l'on peut concevoir que tout en se plaçant dans le présent, ce qui exclut la qualification de vente de chose future, les parties aient envisagé la prestation de travail à titre de complément de la fourniture de matière. Le contrat serait alors une vente pour le tout.

C'est donc du but poursuivi par les parties que dépend largement la qualification du contrat. Et il n'est pas étonnant que les solutions des arrêts varient avec l'appréciation de cette circonstance de fait. La comparaison entre la valeur du travail et celle de la matière fournie est certes à cet égard un indice important. Ce n'est cependant pas le critère de l'accessoire. En particulier, lorsqu'il s'agit de la construction d'un immeuble sur un terrain fourni par le maître de l'ouvrage, on peut admettre qu'il y a une présomption que les parties ont fait du travail de l'entrepreneur l'élément principal, quelle que soit la valeur des matériaux qu'il fournit. Car si le contrat n'envisage pas exclusivement le résultat final mais les moyens d'y parvenir, ces moyens sont appréciés en fonction du but recherché. Or, ce résultat, c'est le bâtiment qui provient à la fois de ce qu'a fourni lui-même le propriétaire et de ce que l'entrepreneur a fourni en exécution de la convention.

Le contrat vise donc à procurer au propriétaire ce qui lui manque pour avoir un bâtiment : à la fois du travail et des matériaux. Mais le fait que le propriétaire ait déjà une partie essentielle de la matière — le sol — permet de présumer qu'il a envisagé le contrat comme étant d'abord une fourniture de travail. C'est ainsi que l'on peut entendre l'adage *superficies solo cedit*. Sans doute le sol ne fait-il pas l'objet du contrat, mais la circonstance que le maître de l'ouvrage est déjà propriétaire du sol est une donnée importante pour rechercher le but qui permet de qualifier le contrat. Etranger à l'objet du contrat, le sol est inclus dans la « cause » de celui-ci⁷⁴.

74. F. Terré, thèse, n° 414. Après avoir signalé cette solution, qui contredit la conception mathématique de l'accessoire qu'il défend, M. Terré objecte : « Mais ce serait livrer inutilement à l'arbitraire la distinction de l'accessoire et de l'essentiel... »

N'est-il pas plus arbitraire encore de faire dépendre automatiquement le rapport d'accessoire à principal d'une rigide comparaison des

154. — Il peut paraître dangereux de vouloir défendre une explication des conséquences tirées du rapport d'accessoire à principal qui, finalement, fait dépendre la qualification de la cause. Tant de controverses ont été développées à propos de la cause⁷⁵ qu'on n'accueille plus guère qu'avec méfiance l'appel à cette notion. Cause ou mobile, cause du contrat ou cause de l'obligation, quelle est la définition ici retenue ? N'est-ce pas revenir à une conception classique, mais considérée souvent comme dépassée, de la cause — considération de la contreprestation, voire un rappel de la *causa proxima* presque unanimement rejetée ?

Il est certain que le concept de cause est invoqué pour de multiples emplois, qu'il s'agisse de la protection individuelle ou de la protection sociale et l'on conçoit qu'on lui donne un sens plus ou moins large, souvent pour des raisons de politique juridique.

Mais ici, tout reste très simple et part d'une double constatation :

— D'un côté l'acte de volonté n'intervient pas sans but. « Pour parvenir à la satisfaction du besoin, à la réalisation du désir, l'esprit humain se rend compte qu'un certain nombre d'opérations successives sont nécessaires. Avant de se décider, il les étudiera et les classera de telle sorte qu'au moment de la décision, il se trouvera en présence de toute une série de représentations psychiques intermédiaires, représentations portant d'une part sur la succession des agissement qu'il aura à effectuer pour la réalisation de son désir, d'autre part sur les résultats que provoqueront chacun d'eux tant au point de vue matériel qu'au point de vue juridique⁷⁶. » C'est ainsi que l'accessoire apparaît comme le moyen indirect d'obtenir le résultat final voulu.

— D'un autre côté, les catégories dans lesquelles peuvent entrer les contrats ne sont pas une simple juxtaposition d'éléments disparates. Il faut pouvoir, après l'analyse, rebâtir une synthèse. Les éléments doivent être coordonnés, mis à leur place comme les rouages d'une machine. Or cette mise en place n'est possible que si l'on sait comment chaque élément doit être orienté. Cette direction est donnée par le but poursuivi. Mais comme la catégorie est un cadre abstrait, les buts envisagés doivent être eux-mêmes

valeurs, alors que M. Terré note lui-même que l'utilisation de la notion d'accessoire est un puissant moyen de « l'influence de la volonté individuelle sur les qualifications » ?

Il n'y a pas plus d'arbitraire à retenir l'adage *superficies solo cedit* comme indice de l'intention des parties, de même que la comparaison des valeurs peut aussi être un indice dans de nombreuses situations.

75. Pour un rappel des principales théories, cf. :

L. Boyer, *La notion de transaction ; contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, thèse, Toulouse 1947, p. 162 s.

F. Terré, thèse, n^{os} 245 s.

J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, thèse, Toulouse, 1955, n^{os} 161 s.

76. L. Boyer, thèse, p. 181.

abstraits, identiques pour une même catégorie, telle la considération de la contreprestation⁷⁷. C'est ainsi que « la cause est un instrument de classement, de catégorisation⁷⁸ ».

Cette incidence du but poursuivi par la volonté individuelle est inhérente à la structure de l'acte juridique, création volontaire. Et c'est pourquoi on la rencontre non seulement lorsque le rapport d'accessoire à principal est issu de l'affectation — ce qui est assez normal puisque c'est du but poursuivi que dérive la notion d'accessoire — mais encore dans l'autre type d'accessoires.

b) La « production ».

155. — Ici encore, ce sont les interférences du système mathématique de comparaison des valeurs qui troublent l'examen très simple des conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal. Un exemple typique en est fourni par la qualification des donations avec charge.

La distinction entre l'acte à titre gratuit et l'acte à titre onéreux est une entreprise délicate à laquelle ont été consacrés de savants travaux⁷⁹. Il n'est naturellement pas question ici d'exposer leurs résultats dans le détail. D'une façon très schématique, on peut dire que certains voient le critère de l'acte à titre gratuit dans l'intention libérale, la volonté de préférer autrui à soi-même⁸⁰

77. M.-L. Boyer a montré l'importance de la « cause catégorique ». « D'une façon générale d'abord, c'est au principe des catégories juridiques qu'est liée la notion de cause objective. Le droit ne reconnaît un pouvoir créateur à la volonté humaine que dans certains domaines strictement déterminés — les catégories juridiques — et en fonction de certains éléments objectifs. Ce sont ces éléments qui forment le contenu de la notion de cause objective, ce sont eux qui permettent à la volonté de modifier l'ordonnement juridique antérieur. En présence du principe de l'autonomie de la volonté le phénomène des catégories juridiques tend à s'estomper dans une certaine mesure ; il ne disparaît pas cependant. La cause objective n'a pas ici pour fonction, tout au moins en principe, de donner à la volonté son efficence juridique elle-même, mais de lui permettre de réaliser un contrat d'un type et d'une nature nettement déterminés. Du défaut de cause objective résultera seulement la dénatura-tion du contrat » (thèse précitée, p. 246-247). Nous dirons alors, dans cette optique, que dans l'échange avec soulte, les éléments d'ordre causal, ne permettent pas de retenir la catégorie « vente ». A l'inverse, l'opération principale est « cause » de l'élément accessoire.

78. Maury, *Encycl. Dalloz*, V° Cause, n° 27.

79. Notamment Champeaux, *Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, thèse, Strasbourg, 1931.

J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, thèse, Toulouse, 1955.

V. la bibliographie citée par cet auteur, n° 2, note 4.

80. Valloir, *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit*, thèse, Rennes, 1919 ; Hamel, *La notion de cause dans les libéralités*, thèse, Paris, 1920 ; Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, 1928 ; Esmein, *Etude de l'acte juridique à titre gratuit*, Cours de doctorat, Paris, 1934.

tandis que d'autres le recherchent sur le terrain objectif d'une absence d'équivalent économique à la prestation⁸¹. Aucune de ces théories ne paraissant d'ailleurs être à l'abri des critiques dans leur forme absolue, ce sont plutôt des formules plus nuancées, faisant place aux deux idées, qui semblent devoir l'emporter⁸².

Quoiqu'il en soit, il est un certain nombre d'hypothèses qui ne font pas de difficultés : lorsqu'un contrat comporte à la charge de chacune des parties des obligations qui se font objectivement équilibre, l'acte est certainement à titre onéreux. Il faut même aller plus loin : « Chaque prestation correspond chez celui qui la promet à un sacrifice. Ce n'est pas dans l'équilibre des prestations mais dans celui des sacrifices que nous découvrons l'essence du titre onéreux...⁸³ le contrat qui réunit deux prestations économiquement inégales est onéreux s'il s'ajoute un élément subjectif particulier, la préférence marquée par chaque partie pour la prestation promise par l'autre⁸⁴. »

À l'inverse, si un des contractants ne s'oblige à aucun sacrifice, l'acte est sûrement à titre gratuit. Une donation assortie d'une charge dans l'intérêt unique du bénéficiaire ne comporte aucun élément onéreux⁸⁵.

Mais, dans d'autres situations, les éléments conduisant à l'une ou à l'autre qualification n'apparaissent pas purs de tout emprunt à la catégorie opposée. Il est fréquent qu'une prestation soit due par chacune des parties, mais que les sacrifices consentis ne soient pas équivalents, le déséquilibre étant voulu dans une intention libérale.

Comment qualifier un tel contrat ?

156. — La solution la plus simple, au niveau de la qualifica-

81. Planiol, note, *D.P.*, 1891, 2, 113.

Planiol et Ripert par Trasbot et Loussouarn, V. n° 9.

Avec des variantes : Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse, Toulouse, 1920.

Timbal, *Les donations rémunératoires en droit romain et en droit civil français*, thèse, Toulouse, 1924.

M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, thèse, Toulouse, 1945.

82. Cf. J.-J. Dupeyroux, thèse précitée.

Cet auteur retient le critère de l'« équivalent-sacrifice », qui fait place au point de vue objectif sans exclure une recherche psychologique.

83. J.-J. Dupeyroux, thèse précitée, n° 144, p. 159.

84. J.-J. Dupeyroux, thèse précitée, n° 157, p. 175.

85. M. Bouyssou, thèse précitée, n° 104 s.

C'est notamment le cas lorsque le donateur fait une libéralité à une personne morale en prescrivant une affectation de l'émolument conforme à la destination de la personne morale (J.-J. Dupeyroux, thèse précitée, n° 127 s.).

Planiol disait déjà : « Je vous donne 500 F pour vous aider à faire un voyage que vous désirez et qui va vous en coûter 1 000, mais à la condition que vous fassiez ce voyage. Niera-t-on qu'il y ait donation ?... » (note sous Nîmes, 22 janvier 1890, *D.P.*, 1891, 2, 113).

tion, sinon à celui de l'application pratique du régime juridique, consiste à voir dans l'opération un acte mixte comportant un aspect gratuit et un aspect onéreux, chacun obéissant à des règles propres. C'est le système que préconisait Pothier⁸⁶. Malgré les difficultés d'une application distributive des régimes, cette analyse n'est pas *a priori* inconcevable. Mais il est, au moins, de nombreux cas où « admettre cela, c'est certainement aller à l'encontre de la volonté des parties qui n'ont pas entendu faire deux opérations distinctes, mais une seule⁸⁷ ».

— Le plus souvent, il est fait appel à une notion quantitative de l'accessoire : « L'acte devra être considéré comme donation ou comme contrat commutatif, suivant que la valeur de l'objet donné dépassera la valeur des charges ou que la valeur des charges dépassera la valeur de l'objet donné⁸⁸. » La jurisprudence semble en effet faire application de la règle *major pars trahit ad se minorem* en décidant que la qualification de l'acte dépend d'une comparaison des valeurs respectives de la donation et des charges, la gratuité demeurant pour le tout tant qu'il n'y a pas équivalence entre elles⁸⁹.

Cette méthode a le mérite de donner immédiatement des résultats pratiques très clairs. Sans doute, aucun raisonnement logique ne peut-il la fonder. Du moins, semble-t-elle assurer la sécurité grâce à la fermeté des solutions qu'elle procure.

Malheureusement, cette efficacité, qui serait sa meilleure justification, lui fait défaut : « La qualification de l'acte sera sans doute facile à déterminer si la valeur donnée excède notablement la charge qui accompagne la donation ou si, inversement, celle-ci est inférieure ou égale à la charge. Gratuit dans le premier cas, l'acte sera incontestablement à titre onéreux dans le second. Mais entre ces deux limites que décider ? Autrement dit, quelle importance doit avoir la charge par rapport à la valeur transmise pour qu'elle fasse disparaître la gratuité ? Quelle doit être la valeur minima de l'émolument net attribué au gratifié pour que l'acte soit véritablement une donation ? Si par exemple la charge imposée représente les neuf dixièmes de l'émolument transmis, y a-t-il donation ou acte à titre onéreux⁹⁰ ? »

86. Traité du contrat de vente, VII^e partie, art. III, nos 612 à 615.

87. M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, thèse, Toulouse, 1945, n° 126.

« Ce procédé de décomposition est contraire à ce qui, dans ces sortes de donations, se passe entre les parties, à la nature du *quod gestum* (Aubry et Rau, XI, § 705).

88. Demolombe, cours de code Napoléon, XX, n° 52.

89. Soc., 26 janvier 1956, *J.C.P.*, 1956, II, 9267, note P. Ourliac et M. de Juglart.

V. les très nombreux arrêts cités par M. Bouyssou, thèse précitée, nos 98 s. et J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, thèse, Toulouse, 1955, n° 18.

90. M. Bouyssou, thèse précitée, n° 110.

La réponse ne devrait pas faire de difficulté : *major pars trahit ad se minorem*. Il y aura donation pour le tout. Et bien non. Rien n'est moins certain. « Et c'est avec raison, approuve Mlle Bouyssou, que les tribunaux se gardent de formuler des principes forcément arbitraires. Dans chaque cas, ils examinent si la valeur effectivement perçue par le gratifié, déduction faite de la charge, *a une importance suffisante* pour que l'acte soit vraiment une donation, et dans cette appréciation délicate qui peut varier d'une espèce à l'autre parce qu'elle dépend des circonstances de fait du litige, ils doivent logiquement jouir de la plus grande liberté⁹¹. »

C'est immédiatement prêter le flanc aux critiques que nous avons formulées à l'encontre de la conception quantitative de l'accessoire⁹² : quelle sera « l'importance suffisante » de l'émolument qui déclenchera la qualification ? En quoi les « circonstances de fait du litige » peuvent-elles apporter la moindre lumière ? Sans doute faut-il tenir compte de ces circonstances pour évaluer chacun des éléments en présence. Il pourra paraître opportun à cet égard de recourir à une expertise...⁹³ Mais ce n'est pas à cela que se limite le pouvoir d'appréciation des juridictions du fond. Les « circonstances de fait » doivent, dit-on, leur permettre de déterminer dans chaque litige *la proportion entre la donation et la charge* qui déterminera la qualification d'acte à titre gratuit ou onéreux. Et là on ne comprend plus quelles pourront être les particularités de chaque espèce qui devront être prises en considération, *alors que la solution ne doit dépendre en principe que d'une comparaison de valeurs*. Il faut donc introduire *autre chose* à côté des données purement quantitatives. Mais c'est alors ruiner la règle *major pars trahit ad se minorem* dont l'adoption ne se justifie que si l'on accepte de payer de sa brutalité et de son caractère arbitraire la sécurité et la simplicité qu'elle procure.

Devrait-on, au nom de cette simplicité, rejeter tous les assouplissements pour s'en tenir au jeu des règles arithmétiques ? Ce serait pratiquement impossible.

Il n'y aurait plus de contrat lésionnaire : la constatation du déséquilibre des prestations entraînerait automatiquement disqualification du contrat en une donation avec charges, de la part du contractant lésé !

Et même si l'on réussissait à éviter une conséquence aussi absurde, comment pourrait-on évaluer avec précision toutes les prestations ? Dira-t-on que n'est susceptible de constituer une contreprestation capable de déclencher éventuellement la qualification d'acte à titre onéreux celle-là seule qui se trouve déjà dans le commerce ? Mais « avant d'avoir un marché, tout bien commence

91. *Ibid.*

92. *Supra*, n^{os} 138 s.

93. Req., 24 mai 1836, *D.*, 1836, I, 373.

obligatoirement par faire l'objet de premières transactions et, dans celles-ci, il ne peut être considéré comme un équivalent déjà pécuniairement apprécié puisque ce sont justement ces transactions qui, pour la première fois, lui attribueront une valeur commerciale. Or la disqualification d'un type identique de convention par sa seule multiplication est injustifiable⁹⁴ ». Faudra-t-il retenir non la valeur de marché mais la valeur subjective que représente la prestation pour les parties ? Mais alors le système perd de nouveau de sa rigueur. On est conduit à prendre en considération les volontés individuelles et leurs mobiles. On abandonne le terrain quantitatif.

On ne peut donc se contenter de la solution sommaire *major pars trahit ad se minorem*. Il est nécessaire de reprendre l'analyse de l'acte à qualifier.

157. — Par hypothèse, nous sommes en présence d'un contrat dans lequel chacune des parties effectue une prestation. Mais il existe entre elles un certain déséquilibre qui correspond à une volonté de gratifier. Par exemple, Primus, animé d'une intention libérale à l'égard de Secundus, transfère audit Secundus la propriété d'un immeuble qui vaut 100 000 F et Secundus s'oblige à verser à Primus une rente viagère évaluée en capital à 20 000 F.

Si Primus a consenti à se défaire de son immeuble pour obtenir la prestation de Secundus et en outre le gratifier, l'acte est double, pour une part à titre onéreux et pour une part à titre gratuit. Dans notre exemple, il y aura vente de 1/5 de l'immeuble moyennant un prix converti en rente viagère et donation des 4/5 de l'immeuble.

Mais telle ne sera pas toujours la situation. Primus peut avoir entendu donner l'immeuble entier à Secundus, uniquement pour le gratifier et non en vue d'obtenir l'engagement de Secundus. Et à l'occasion de cette donation il a stipulé une charge pesant sur le donataire. Il a lié la charge à la libéralité, de telle sorte qu'en acceptant la donation, Secundus s'est engagé à exécuter cette prestation. A la différence de l'hypothèse précédente, aucune fraction de la propriété de l'immeuble n'a été transmise en vue d'obtenir une contreprestation. Sans doute, le lien établi entre la donation et l'obligation va-t-il faire pression sur la volonté de Secundus et l'amener à consentir à l'engagement pour bénéficier de l'avantage que lui procure l'acte. Mais, si cette considération peut déterminer Primus à lier la charge à la donation, ce n'est pas elle qui le détermine à effectuer la donation. Nous dirons, en termes classiques, que la considération de la prestation de Secundus n'est pas la cause du transfert de la propriété de l'immeuble de Primus⁹⁵. Seulement

94. J.-J. Dupeyroux, thèse précitée, n° 111.

95. « Le donateur n'entend pas disposer à titre gratuit d'une quote-part seulement des biens, et faire du surplus l'objet d'une vente. Quant au donataire, il n'entend pas acheter une partie quelconque des biens ; il accepte la donation comme telle pour la totalité des biens qui lui sont

ce transfert est un moyen qui permet à Primus d'obtenir l'engagement de Secundus. Envisagée isolément, la stipulation d'une obligation à la charge de Secundus est sans portée. C'est un ordre unilatéral et il n'y a aucune raison pour qu'il soit exécuté. Mais si cet ordre se greffe sur la libéralité, si la donation lui sert de véhicule, alors la pression sur la volonté du bénéficiaire sera assez forte pour qu'il s'oblige volontairement.

C'est là la caractéristique de l'accessoire. Il n'est évidemment pas question ici d'affectation. La charge n'est pas stipulée au profit de la donation pour la rendre efficace ou la compléter. S'il s'agissait seulement de réduire l'émolument du donataire, il suffirait au donateur de donner moins. La stipulation de la charge poursuit un but distinct de la libéralité. Mais la donation lui sert de support. Elle s'intercale entre l'ordre donné et l'engagement du donataire.

Quelles conséquences peut-on tirer de cette situation ?

158. — Dans l'acte à titre onéreux, chaque contractant s'oblige pour obtenir la prestation de l'autre. « La prestation de chacun trouve sa raison d'être dans la nécessité de peser sur la volonté de l'autre partie afin qu'elle consente au sacrifice exigé⁹⁶. » Il faut que la cause de l'obligation *de chacun* des contractants soit la considération de la contreprestation due par l'autre.

Or, dans notre hypothèse, la cause du transfert de la propriété de l'immeuble de Primus n'est pas la prestation due par Secundus. La stipulation de l'obligation de Secundus est greffée sur la donation, mais elle n'a pas de véritable contrepartie. Dès lors elle n'est pas susceptible de déclencher la catégorie d'acte à titre onéreux.

La stipulation d'une charge n'est qu'accessoire. Il lui manque quelque chose pour entraîner la qualification. Et s'il lui manque quelque chose c'est précisément parce que le support fourni par le principal permet l'existence d'un élément incomplet : s'il n'y avait pas la donation sur laquelle il peut greffer la charge, Primus aurait dû, pour obtenir l'engagement de Secundus, lui offrir une contreprestation et les éléments de l'acte à titre onéreux auraient été réunis.

Il n'y a donc pas conflit entre les deux qualifications. Seule la catégorie d'acte à titre gratuit rend compte du contrat. Naturellement, l'obligation qui pèse sur le donataire n'est pas ignorée, le contrat sera qualifié de donation avec charge, mais cette charge est prise pour ce qu'elle est, un élément accessoire sans influence sur le caractère gratuit de l'acte entier. Ainsi s'explique la qualification de libéralité donnée au contrat, sans qu'il soit besoin d'une quelconque contrainte d'un élément par un autre.

cédés. La réalité est que le donateur donne moins et que le donataire reçoit moins. » (Aubry et Rau, XI, § 705.)

96. J.-J. Dupeyroux, thèse précitée, n° 144.

159. — On comprend aussi que les juges du fond jouissent à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation. La recherche de la volonté individuelle et du but poursuivi par les particuliers est une question de fait. Pour cette appréciation des faits, les tribunaux peuvent faire appel à un certain nombre d'indices assez sûrs. D'abord la qualification de donation que les parties donnent parfois à leur convention crée une présomption en faveur de la gratuité de l'acte⁹⁷.

La disproportion entre l'émolument parvenant au gratifié et la charge qui lui est imposée peut aussi fournir des indications utiles. Mais il ne s'agit là que d'un indice et non d'un critère infaillible.

Et c'est pourquoi, si l'on peut s'associer au souhait que la Cour de cassation « abandonne sa jurisprudence actuelle, et élaborant elle-même un concept de la charge, en contrôle l'application par les juges inférieurs⁹⁸ », il ne faut pas l'entendre comme le vœu que la Cour régulatrice fixe la proportion mathématique entre la valeur de la prestation imposée au donataire et l'émolument qu'il reçoit pour qu'on puisse encore parler d'une charge, d'une libéralité. Cette mesure arbitraire n'aboutirait qu'à déformer le concept d'accessoire. Ce qui est vrai, c'est que cette notion d'accessoire répond à des caractéristiques assez précises, dont on pourrait exiger la mention par les juges du fond. La Cour de cassation serait alors en mesure d'exercer son contrôle — ce qu'elle ne paraît d'ailleurs pas souhaiter particulièrement, la conception de l'accessoire utilisée par la jurisprudence étant, semble-t-il, plus intuitive et empirique que raisonnée.

Il est pourtant nécessaire de bien préciser l'étendue du support fourni par le principal, puisque c'est dans cette mesure que l'élément accessoire apparaît incomplet et par conséquent incapable d'entraîner la qualification de l'ensemble.

160. — On s'en aperçoit si l'on raisonne sur l'hypothèse inverse de celle que nous avons envisagée pour la donation avec charge.

Voici une personne qui désire vendre son immeuble. Mais, pour avantager l'acheteur, elle fixe un prix inférieur à la valeur du bien. Soit, par exemple, un immeuble estimé à 100 000 F qui n'est vendu que 80 000 F dans l'intention de gratifier l'acquéreur.

Il peut y avoir vente des 4/5 de l'immeuble et donation de 1/5.

97. J.-J. Dupeyroux, thèse précitée, n° 147.

Les libéralités n'étant pas particulièrement soumises à un régime de faveur, le choix de cette qualification correspond généralement à la volonté véritable des parties. Il n'en est cependant pas toujours ainsi. La qualification de libéralité pourrait notamment être utilisée pour tenter d'échapper aux droits de retrait ou de préemption qui peuvent menacer l'opération (comp. Soc., 26 janvier 1956, *J.C.P.*, 1956, II, 9267, n. P. Ourliac et M. de Juglart).

98. M. Bouyssou, thèse précitée, n° 4.

Mais, s'il y a eu vente de la totalité de l'immeuble et à cette occasion une libéralité faite à l'acheteur, peut-on décider que le contrat doit être considéré comme un acte à titre onéreux pour le tout, l'avantage fait à une des parties n'étant qu'un élément accessoire ? Cette solution présenterait l'inconvénient de justifier que les formes prescrites pour les donations n'aient pas à être suivies. « La donation indirecte est valable parce qu'elle n'est qu'un effet, voulu certes, mais accessoire, d'un acte principal qui n'a pas le caractère gratuit, et qui, par conséquent, vaut par lui-même⁹⁹. »

Mais la situation n'est pas absolument symétrique de la donation avec charges. Sans doute peut-on dire que le vendeur se défait de son immeuble pour obtenir le prix qu'il en a fixé et non pour gratifier l'acheteur, bien qu'il réalise aussi ce second objectif au moyen de la vente, en réclamant un prix inférieur. Cela permet bien d'écarter l'idée d'une donation d'une fraction de l'immeuble. Mais cela ne suffit pas pour écarter complètement la qualification de donation. On peut en effet analyser l'opération comme étant une remise partielle du prix¹⁰⁰. Or la remise de dette peut réaliser une libéralité. Que manque-t-il alors à cet élément pour entrer dans la catégorie des actes à titre gratuit ? Seules les formes des donations font défaut. Mais jamais la seule inobservation des règles de l'article 931 n'a pu faire exclure un acte de la catégorie des donations. Il y a donc concours entre les qualifications d'acte à titre onéreux et d'acte à titre gratuit. Le contrat est un acte mixte : vente assortie d'une donation indirecte¹⁰¹. Et si la donation échappe à la nullité pour défaut de formes, ce n'est pas parce qu'elle fait partie d'un ensemble qualifié d'acte à titre onéreux, c'est parce que son insertion dans la vente réalise les mêmes objectifs que les formes pres-

99. A. Ponsard, *Les donations indirectes en droit civil français*, thèse, Dijon, 1946, p. 117.

Le raisonnement qu'expose M. Ponsard est d'ailleurs quelque peu différent : « Les contractants ont eu l'intention primordiale de réaliser entre eux une vente ou un bail ou une société ou tout autre acte ; ce n'est pas parce que, dans le dessein d'avantager l'un d'eux, l'une des prestations n'a pas été estimée à sa juste valeur que l'on peut frapper de nullité l'ensemble du contrat : il serait inconcevable que la nullité de cette clause secondaire, si on la prononçait, réagit sur l'ensemble de l'acte ; mais, d'autre part, il est difficile de l'annuler seule sous prétexte du défaut de forme en laissant subsister l'ensemble du contrat : la mise en œuvre de cette nullité exigerait, en effet, à raison de l'indivisibilité matérielle de la clause contenant à la fois acte onéreux et donation, que l'on revisât le contrat pour l'annuler... » (*Ibid.*, p. 119 et 120.)

Mais il n'y a rien d'inconcevable à ce que la nullité de l'élément libéralité entraîne celle de l'acte entier dès lors qu'on pose l'indivisibilité entre les différentes parties de l'ensemble. Pour échapper à la nullité, il faudrait que les règles propres aux actes à titre gratuit ne fussent pas applicables et pour cela pouvoir qualifier le contrat entier d'acte à titre onéreux.

100. A. Ponsard, thèse, p. 245 s.

J.-J. Dupeyroux, thèse, n° 148.

101. Cf. R. Savatier, note sous 1^{re} Civ., 16 juillet 1959, *D.*, 1960, 185.

crites par le Code civil¹⁰². L'acte à titre onéreux fournit directement une forme à la donation. La libéralité est accessoire quant à la forme mais non quant à la qualification.

On ne peut donc tirer du rapport d'accessoire à principal plus que ne le permet le jeu normal des procédés de qualification. Ces conséquences sont néanmoins importantes. Il suffit de les regrouper de façon synthétique pour dresser un tableau de la portée de la règle de l'accessoire dans les qualifications des contrats.

§ 3. — La portée de la règle de l'accessoire.

Lorsque les caractères de l'accessoire et du principal se rencontrent à l'intérieur d'un ensemble unique, c'est, nous l'avons souligné, moins le lien que la hiérarchie entre les éléments qui importe. Cette hiérarchie traduit la position « en retrait » de l'accessoire qui lui interdit de jouer un rôle déterminant dans la qualification. Cette situation effacée correspond d'ailleurs au rôle de l'élément accessoire dans l'économie du contrat. Mais précisément parce qu'il s'agit de solutions qui découlent de l'analyse des faits, et non imposées en vue d'obtenir un résultat prédéterminé, cet effacement de l'accessoire dans la qualification n'est pas total et la règle de l'accessoire rencontre des limites.

A. — La signification de la maxime *accessorium sequitur principale* : l'effacement relatif de l'accessoire

161. — Ici encore, l'adage ne fait qu'exprimer en une formule ramassée les conséquences du rapport d'accessoire à principal. Il n'a pas d'autre portée et s'il indique l'influence du principal sur l'accessoire, il ne signifie pas pour autant que l'accessoire est négligé.

a) L'influence du principal sur l'accessoire :

Dire qu'un élément « suit » ou « ne suit pas » le sort d'un autre revêt, dans l'hypothèse actuellement étudiée, une signification particulière.

En présence de deux biens, de deux contrats... qui n'ont entre eux d'autres liens que le rapport d'accessoire à principal, la maxime *accessorium sequitur principale* exprime une influence directe du sort du principal sur celui de l'accessoire : l'anéantissement du principal rejaillit sur l'accessoire, le transfert du principal exlique la transmission de l'accessoire... Cela ne signifie pas que l'accessoire et le principal doivent être soumis, pour le tout,

102. A. Ponsard, thèse précitée, p. 126 s., p. 184 s.

à un régime unique, ni que l'accessoire emprunte la nature du principal. On remarque seulement que le lien entre les deux termes du rapport ne peut être rompu sans dommage et on en tire les conséquences. Il se peut même que cette influence directe du principal se manifeste lors de la qualification de l'accessoire si le support fourni par le principal donne à l'accessoire des caractéristiques déterminantes pour le choix de la catégorie applicable. C'est ainsi, par exemple, que les fruits pendants par branches et par racines sont qualifiés « immeubles », précisément parce qu'ils ne sont pas détachés de la chose frugifère.

Au contraire, lorsqu'il s'agit de la qualification d'un contrat unique, l'influence d'un élément sur l'autre est *indirecte*. Il n'est pas question d'envisager le sort de l'accessoire seul, en fonction des vicissitudes du principal, mais bien de déterminer la catégorie où doit être rangé *l'ensemble* formé du principal et de l'accessoire. Le régime de l'élément accessoire est celui du contrat dont il fait partie, au même titre que le principal. Si l'on s'interroge pour savoir quel sera le sort de l'accessoire si le principal est anéanti, il suffit de voir quelle sera l'incidence de cet événement sur le contrat tout entier et c'est en fonction de cette influence que l'accessoire sera touché. La question du sort de l'accessoire est directement résolue par le régime du contrat où accessoire et principal sont réunis. Or ce régime sera celui de la catégorie choisie. « La qualification d'un acte dépend moins des effets qu'il produit que ces effets de la qualification ¹⁰³. » Cette qualification s'opère d'après l'analyse des éléments composant l'ensemble. Si donc les caractères d'un de ces éléments orientent le choix de la catégorie applicable, l'influence de cet élément se fera sentir *indirectement* sur le sort des autres fractions du contrat, *par l'intermédiaire* de la qualification adoptée pour la convention entière.

162. — C'est cette influence indirecte qu'exprime ici la maxime *accessorium sequitur principale*.

— Le régime de l'accessoire — comme d'ailleurs celui du principal — dépend largement de la qualification de l'ensemble du contrat.

— Or la qualification du contrat dépend de l'élément principal.

— Donc le régime de l'accessoire dépend, indirectement, du principal.

Mais ce syllogisme n'est remarquable que parce qu'il n'est pas possible d'en modifier la mineure : la qualification du contrat *ne dépend pas de l'élément accessoire* auquel il manque quelque chose pour pouvoir déclencher l'application d'une catégorie à l'ensemble de la convention. Il est tout à fait normal que la qualification du

103. F. Terré, thèse, n° 482.

tout soit influencée par les caractères d'un de ses éléments constitutifs et que, par conséquent, l'accessoire « suive » indirectement le sort du principal. L'originalité de la situation tient à ce qu'un des éléments de la convention — l'accessoire — est impuissant à jouer un rôle dans le choix de la catégorie : même indirectement, le principal ne suit pas le sort de l'accessoire. Le régime du contrat où est inséré l'élément principal ne subit pas l'influence de l'accessoire. L'échange avec soulte obéit, en principe, nous l'avons dit, aux règles de l'échange¹⁰⁴. La donation avec charges est soumise pour le tout aux conditions de formes des donations ; le donateur n'est en rien tenu à garantie ; il ne bénéficie pas du privilège du vendeur ; en cas d'ingratitude ou de survenance d'enfant, l'ensemble de l'acte tombe, etc.¹⁰⁵.

On pourra toujours désigner la règle de l'accessoire par la maxime *accessorium sequitur principale* qui est bien vérifiée, mais c'est son corollaire sous-entendu, « le principal ne suit pas le sort de l'accessoire » qui marque le particularisme de la situation issue du rapport d'accessoire à principal.

Cela ne signifie d'ailleurs pas que l'accessoire soit complètement résorbé dans le principal. Dire que la qualification du contrat se fait d'après l'élément principal n'implique pas qu'il doive être définitivement fait abstraction de l'accessoire, qui disparaîtrait complètement de la scène juridique.

b) L'accessoire n'est pas négligé.

163. — Bien qu'il entre dans une catégorie unique, déterminée par le principal, le contrat n'en comporte pas moins un élément hétérogène. En effet, l'accessoire ne change pas de nature par le seul fait de son insertion dans un ensemble plus vaste. La soulte n'est pas un prix, le contrat dont elle fait partie n'est pas une vente et ne comporte aucune fraction de vente. Mais la soulte est une créance de somme d'argent et elle ne peut perdre ce caractère. La charge n'est pas un élément d'acte à titre onéreux. Que la

104. Civ., 10 février 1926, *D.H.*, 1926, 202 précité.

Il est cependant admis que le coéchangiste créancier de la soulte peut invoquer le privilège du vendeur de l'art. 2103, C. civ. en garantie du paiement de la soulte. (Req., 11 mai 1863, *D.*, 1864, 1, 191 ; Paris, 21 octobre 1933, *D.H.*, 1933, 577 ; Planiol et Ripert par Hamel, X, n° 404 ; H.-L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, III, n° 1037). On pourrait sans doute discuter cette attitude qui semblerait supposer que l'acte reçoit une qualification mixte, à moins que l'on admette que la solution s'explique parce que les règles de la vente s'appliquant à l'échange quand il n'en est pas disposé autrement (art. 1707, C. civ.), l'obstacle de fait au jeu du privilège du vendeur ne se rencontre pas lorsqu'il s'agit de cet élément particulier de l'échange qu'est la soulte qui, par nature, demeure une créance de somme d'argent (cf. *infra*, n° 166).

105. Sur tous ces points voir M. Bouyssou, thèse, nos 126 s.

J.-J. Dupeyroux, thèse, n° 150.

convention où elle est incluse soit pour le tout une libéralité ne l'empêche cependant pas d'être une obligation pesant sur le donataire... Il y a là des données de fait irréductibles.

Cela signifie que l'accessoire ne s'identifie pas absolument au principal. Il ne devient pas une « quantité supplémentaire de principal ». Il reste un élément de nature différente. De là résulte une certaine originalité dans l'application à l'ensemble du contrat — y compris l'accessoire — du régime déclenché par l'élément principal.

164. — L'accessoire joue d'abord un rôle sur le plan économique.

Il est certain que le résultat produit par le contrat est dû à la fois à l'élément principal et à l'élément accessoire. Et lorsqu'il s'agit d'évaluer ce résultat, il faut reconnaître que l'accessoire, qui ne se confond pas avec le principal, y a sa part.

L'élément accessoire s'efface pour la détermination de la catégorie applicable. « Dès lors devront jouer sans aucune restriction les règles dont l'application s'affranchit de toute considération matérielle et qui s'appliquent en quelque sorte plus à l'acte lui-même qu'au transfert de valeur qu'il a pour but de réaliser¹⁰⁶. » La catégorie, c'est l'acte « désincarné » envisagé dans l'abstrait. Tant qu'il s'agit de règles pour lesquelles seule compte la structure juridique de l'acte, l'accessoire n'apparaît pas. Le contrat est envisagé comme une matière donnant corps à la catégorie abstraite et c'est au travers de cette catégorie — où ne figure pas l'accessoire — qu'il est saisi.

Mais lorsqu'il faut considérer l'aspect économique de l'opération, lorsque c'est le transfert des valeurs qui est en cause, il faut bien envisager l'acte concret directement sans le « filtre » de la catégorie. Et là, l'existence de l'élément accessoire s'impose. Les caractères, l'origine de cet élément doivent être pris en considération pour déterminer le rôle économique de la valeur qu'il ajoute ou retranche à celle du principal.

Ainsi quand il s'agit de calculer l'émolument qui revient au gratifié, il faut en retrancher la valeur de la charge qu'il a dû exécuter. Ce n'est pas revenir sur l'application de principe des règles des libéralités à l'ensemble de l'acte. L'élément accessoire « n'est pas assez fort pour naître à la vie juridique et avoir une existence indépendante : Il restera enchâssé dans la libéralité principale parce que le disposant veut qu'il en soit ainsi... L'acte constitue dans son ensemble une libéralité... Si l'on tenait compte de la charge, on serait conduit à admettre la division de l'acte en deux parties, résultat contraire à la volonté du disposant. Cependant, on ne peut en toute hypothèse ignorer l'existence de l'élément onéreux qui diminue

106. J.-J. Dupeyroux, thèse, n° 149.

la libéralité. Par suite, chaque fois qu'il y aura lieu de procéder à une évaluation précise de l'émolument transmis au gratifié, on devra déduire du montant de la libéralité la valeur de la charge imposée. Ce faisant, on ne scindera pas la disposition en deux actes, l'un gratuit, l'autre onéreux : on respectera fidèlement la volonté des parties qui ont décidé que le bénéficiaire recevrait le montant de la libéralité diminué de la valeur de la charge¹⁰⁷ ».

Le rapport dû par le donataire à la succession du donateur, comme l'éventuelle réduction pour atteinte à la réserve ne porteront que sur la différence entre le montant de la donation et celui de la charge¹⁰⁸.

165. — Lorsqu'un époux échange un immeuble qui lui est propre, contre un autre immeuble, mais grâce à une soulte payée à l'aide de deniers communs, il faut tenir compte de l'origine de ces valeurs pour maintenir l'équilibre entre les patrimoines. Dans sa rédaction originaire, l'article 1407 du Code civil décidait que l'immeuble acquis était propre pour le tout, mais que récompense était due à la communauté pour la soulte versée. C'est ce que prévoit encore ce même texte, modifié par la loi du 13 juillet 1965. Ce qui change est la limite au delà de laquelle le bien acquis cesse d'être propre : la « limite naturelle qui est celle même de la notion d'échange¹⁰⁹ » mettant en jeu la notion d'accessoire au sens strict, dépendant largement de la volonté des parties, fait place, désormais, à une limite quantitative fixée par la loi. La notion d'accessoire change — nous y reviendrons —, mais les effets de la règle de l'accessoire demeurent identiques. Dire que l'époux coéchangiste doit une récompense signifie-t-il que le contrat n'est pas un échange pour le tout¹¹⁰ ?

Il faut distinguer deux plans : la détermination des effets juridiques du contrat ; l'évaluation de ces résultats.

L'élément accessoire apparaît juridiquement neutre et ce n'est pas lui qui permet de caractériser les effets produits. Et c'est bien ce qu'exprime l'article 1407 : si la soulte était un prix, le contrat serait totalement ou partiellement une vente. Le bien acquis serait en tout ou en partie un bien commun. Mais l'obligation de payer une somme d'argent n'est qu'accessoire. Les effets juridiques du contrat sont ceux de l'échange. L'immeuble obtenu est propre en entier.

Seulement, au point de vue économique, les effets produits sont plus importants grâce à l'accessoire. C'est un immeuble de plus grand prix qui est reçu en échange. Lorsqu'il s'agit de l'éva-

107. M. Bouyssou, thèse, n° 126.

108. M. Bouyssou, n° 131 et les références citées.

J.-J. Dupeyroux, thèse, n° 151.

109. Civ., 30 octobre 1950 précité, *D.*, 1950, 753, note R. Lenoan ; *J.C.P.*, 1951, II, 6016, note P. Raynaud.

110. Cf. P. Raynaud, *J.C.P.*, 1951, II, 6016.

luation de ces résultats, il faut tenir compte de la valeur que l'élément accessoire introduit dans l'opération. Si la soulte avait été payée avec des deniers propres, l'époux désirant calculer le profit ou le déficit que lui laisse le contrat ne se bornerait pas à faire la différence entre la valeur du bien qu'il a fourni en échange et celle du bien qu'il a obtenu. Il déduirait encore de cette dernière valeur le montant de la soulte versée. Lorsque la soulte a été prélevée sur le patrimoine commun, cette somme est sortie de la communauté pour s'intégrer dans une opération au profit d'un époux. Bien que le contrat soit un échange, une certaine partie de sa matière a été fournie par la communauté ; il en est tenu compte.

166. — Non seulement l'accessoire doit être pris en considération pour son importance économique, mais des règles juridiques lui sont applicables en propre. Sans doute, la qualification du contrat permet-elle d'en déterminer le régime. Mais une certaine souplesse demeure. Il est indéniable que les catégories, en raison même de leur généralité, sont douées d'une relative élasticité. Elles couvrent, jusqu'à un point de rupture souvent difficile à discerner, des variations dans les règles applicables¹¹¹. L'originalité du sort de l'accessoire au sein du contrat se situe toujours en deçà de ce point de rupture au delà duquel une nouvelle qualification s'impose.

D'une part, l'élément accessoire sera soumis à un régime qui n'est pas celui du principal, chaque fois que, sans rompre l'unité de l'ensemble, il peut être envisagé seul. Ainsi, bien qu'obligation accessoire, la garantie obéit à certaines règles propres¹¹². De même, le versement d'une soulte est régi par les règles concernant le paiement d'une somme d'argent...

D'autre part, la présence de l'élément accessoire peut, dans une certaine mesure, modifier le régime du contrat entier, par rapport aux règles applicables à la convention-type que vise la catégorie abstraite. Il en est ainsi, nous l'avons vu, dans tous les cas où l'élément accessoire est avec l'élément principal dans un lien d'indivisibilité au regard de la question de nullité. Le contrat entier sera, du fait de l'accessoire, exposé à des risques d'annulation qu'il n'encourrait pas s'il était réduit aux éléments principaux. Sans se manifester au niveau de la qualification, l'accessoire n'en est pas pour autant dépourvu d'une influence, d'ailleurs limitée, sur le régime du contrat.

167. — Un autre exemple, particulièrement net, est fourni par la révocation des libéralités pour inexécution des charges.

111. « ... Une modification du régime juridique n'entraîne pas nécessairement une transformation de la nature » (F. Terré, thèse, n° 572). Les rapports entre la qualification et le régime sont délicats (*ibid.*, n°s 78, 375, 482, 572).

112. B. Gross, thèse, n° 110.

On y voit généralement une extension de la résolution judiciaire des contrats synallagmatiques¹¹³. L'acte n'est cependant ni totalement ni même partiellement à titre onéreux. C'est une donation pour le tout et c'est le régime des libéralités qui lui est applicable.

Ce n'est pourtant pas le jeu automatique d'une condition résolutoire qui explique la solution. On aurait pu soutenir que la donation était faite sous condition que le donataire exécutera l'obligation. Mais « admettre que la charge constitue une condition serait donc accepter que, dans un contrat, une obligation née du contrat puisse servir de condition, ce qui est inadmissible : l'événement choisi doit être extrinsèque au contrat ; un élément essentiel du contrat ne saurait constituer une condition¹¹⁴ ».

Il semble préférable de considérer qu'il s'agit d'une cause autonome d'anéantissement des donations, aux côtés de la révocation des donations pour survenance d'enfants du donateur ou pour ingratitude du donataire. Le donateur a en effet entendu lier le sort des différents éléments du contrat. Nous avons noté que la donation avec charges était pour lui un moyen de réaliser un double but par un acte unique. Ses prévisions seraient en échec si un de ces buts venant à manquer l'acte entier ne disparaissait pas. Ce serait diviser ce qui a été créé indivisible.

La libéralité est effectuée pour avantager le gratifié — disons, en termes classiques, bien que l'expression soit discutée¹¹⁵ — dans une intention libérale. Cette intention disparaît en cas d'ingratitude du donataire. Le donateur peut agir en révocation.

De même, la stipulation d'une charge est faite, c'est l'évidence même, en vue de son exécution et elle ne s'explique plus si cette exécution est impossible par suite du mauvais vouloir du donataire ou pour une cause étrangère. Or la charge est un élément de la libéralité. Son inexécution justifie la révocation de la donation.

168. — Ce qui ne signifie pas que la révocation doive être automatique. Il faut vérifier la réalité et la gravité de l'inexécution. Ce contrôle des tribunaux rapproche beaucoup la situation de la résolution des actes à titre onéreux. Cela n'a rien de surprenant, car la charge, tout en étant un élément d'une libéralité, demeure, par nature, une obligation.

Ce point constaté, la révocation devrait être prononcée. Pourtant, les tribunaux recherchent encore si la stipulation de la charge était ou non cause de la libéralité, pour ne prononcer la révocation que dans le premier cas¹¹⁶. Cette attitude n'est pas toujours pleinement justifiée.

113. H.-L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, IV, n° 1523 ; R. Savatier, *D.*, 1960, 185.

114. H.-L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, n° 1523.

115. J.-J. Dupeyroux, thèse, n° 152 s.

116. M. Bouyssou, thèse, n° 172 s. et les références citées.

Ce que doivent rechercher les tribunaux, c'est l'existence du lien d'indivisibilité entre la charge et la libéralité. En effet, une charge peut être accessoire au regard de la qualification de l'acte tout en étant essentielle pour son existence, en raison de l'indivisibilité unissant l'élément principal et l'élément accessoire. C'est l'hypothèse sur laquelle nous avons raisonné. Mais elle peut aussi être accessoire quant à l'existence même de l'acte. Si elle n'est pas indivisiblement unie à la donation, elle ne lui est reliée que par un rapport d'accessoire à principal. C'est alors une clause accessoire qui peut disparaître sans entraîner le contrat entier dans sa chute. Or, la distinction repose sur la volonté du donateur. Le juge doit donc rechercher cette intention du disposant : « Il doit se demander si ce dernier a entendu subordonner le sort de la libéralité à l'accomplissement de la charge. Dans l'affirmative l'inexécution de celle-ci déterminera la disparition de celle-là, dans le cas contraire, la libéralité continuera à produire tous ses effets ¹¹⁷. »

Pour ce faire, il dispose de certains indices : lorsque l'acte prévoit lui-même que la révocation aura lieu de plein droit en cas d'inexécution de la charge, le lien d'indivisibilité est clairement exprimé. Les tribunaux — qui seront nécessairement saisis, en vertu de l'art. 956 C. civ., — seront contraints de prononcer la révocation dès qu'ils auront constaté l'inexécution de la charge ¹¹⁸.

Il est certain aussi que si la charge est cause de la libéralité, le lien d'indivisibilité est démontré. Mais il faut ici distinguer.

— S'agissant d'une charge dans l'intérêt du gratifié, l'obligation imposée au donataire peut être cause de la donation sans que l'acte cesse d'être à titre gratuit. L'inexécution de la charge entraîne bien révocation. Il faut remarquer que cette hypothèse est celle où les tribunaux invoquent le plus souvent la notion de cause ¹¹⁹.

— S'agissant d'une charge dans l'intérêt du disposant ou d'un tiers, établir que cette charge est cause de la libéralité, que c'est pour en obtenir l'exécution que le « donateur » a effectué une prestation, démontre que l'acte a été mal qualifié : ce n'est pas une donation avec charges, c'est un acte à titre onéreux ¹²⁰. Il ne s'agit pas de révocation, mais de résolution.

Dans les deux cas, du moment que la charge est cause de la prestation du disposant, cette charge n'est pas accessoire quant à la qualification de l'acte.

Mais lorsque la charge n'est pas cause de libéralité, qu'elle est un élément accessoire au regard de la qualification, il y aurait encore lieu à révocation pour son inexécution, dès lors que le lien d'indivisibilité entre les deux éléments de l'acte pourrait être établi. L'ac-

117. M. Bouyssou, thèse, n° 171.

118. Civ., 29 et 30 mai 1911, S., 1911, I, 353. — Civ., 7 novembre 1911, S., 1912, I, 110. — 1^{re} Civ., 14 février 1956, Bull., 1956, I, n° 75, p. 62.

119. J.-J. Dupeyroux, thèse, n° 184.

120. *Ibid.* et *supra*, n°s 157, 158.

cessoire est ici essentiel à l'existence du contrat. Et si, en raison de sa nature, il est soumis à une cause de disparition qui lui est propre, l'ensemble de l'opération s'effondre. Il ne saurait donc être question d'ignorer l'élément accessoire.

169. — Le sens de la maxime *accessorium sequitur principale* dans les qualifications est donc assez précis : Exprimant les conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal, elle indique l'influence indirecte de l'élément principal sur le sort de l'accessoire, lequel ne disparaît pas pour autant de la scène juridique.

Qu'il ne puisse être totalement fait abstraction de l'accessoire marque déjà les limites internes de la maxime *accessorium sequitur principale*. Ce n'est qu'au regard de la qualification que le rapport d'accessoire à principal produit des conséquences. Même sur ce plan, il ne faut pas exagérer la soumission de l'accessoire au principal et relever les limites du domaine de l'adage dans les qualifications.

B. — Les limites de la maxime *accessorium sequitur principale* : l'influence de l'accessoire sur la qualification

A maintes reprises, les tribunaux ont pris en considération des éléments accessoires, pour justifier l'application à un contrat d'une qualification déterminée, à tel point que le principal semble ici suivre l'accessoire. Ce sont des hypothèses où l'hésitation paraît permise entre deux qualifications. L'accessoire joue alors un rôle déterminant dans le choix qui doit intervenir.

Et c'est encore pour tenir compte de l'accessoire que l'on voit parfois des catégories nouvelles apparaître, ce qui ne semble guère être une manière pour l'accessoire de suivre le sort du principal.

S'agit-il véritablement d'exceptions à la maxime *accessorium sequitur principale* ?

a) Le choix entre deux qualifications.

170. — Un exemple typique est fourni par la distinction d'un contrat de vente d'herbe de celui de bail rural. Le louage confère au preneur la jouissance du fonds ; en conséquence, le locataire s'approprie les fruits. Sa situation est alors très proche de celle de l'acheteur de ces fruits, en particulier si le fonds est exploité sous forme d'herbages : le preneur jouira du fonds en y menant paître ses troupeaux ; l'acheteur de l'herbe vendue sur pied la récoltera en conduisant ses bestiaux dans les pâtures. Or il existe de nombreux intérêts à distinguer le bail de la vente. De cette qualification dépend notamment l'application du statut des baux ruraux, avec ses dispositions impératives exorbitantes du droit commun.

Le critère retenu depuis longtemps par la jurisprudence pour séparer la vente du louage réside dans la notion de jouissance¹²¹. Le bail transfère la jouissance du fonds alors que le vendeur des fruits conserve cette jouissance en cédant seulement à l'acquéreur le droit de récolter ces fruits. Mais ici la différence n'apparaît pas pratiquement, puisque l'acheteur, aussi bien que le preneur, exerce le droit qu'il tient du contrat en menant ses bêtes paître sur le fonds.

La Cour de cassation a d'abord restreint la qualification de bail aux seuls cas de transfert complet de la jouissance permettant au preneur de recueillir tous les fruits du fonds¹²². Sinon, elle considérerait que le propriétaire avait conservé la jouissance de son bien et n'avait consenti qu'à une vente de certains fruits. Mais, si l'article 1709 du Code civil envisage bien la jouissance « d'une chose », cela ne signifie pas nécessairement la totalité de cette chose. Il n'est pas de l'essence du bail qu'il ne puisse porter sur une fraction du fonds¹²³. Aussi la Cour de cassation a-t-elle abandonné cette position¹²⁴.

Où chercher alors le critère ? Dans les obligations accessoires du preneur : se charge-t-il de couper les joncs, tailler les haies, entretenir les clôtures ou nettoyer les abreuvoirs ? Il y aura bail rural. S'il n'effectue pas ces menus travaux, on est en présence d'une vente¹²⁵. Le contrat de location met à la charge du preneur l'obligation de payer les fermages et d'exploiter le fonds. Les travaux du curage des fossés ou d'entretien des clôtures peuvent être considérés comme des obligations accessoires intervenant simplement à titre de complément. Ce sont pourtant ces accessoires qui déterminent le choix d'une qualification.

171. — Il peut sembler curieux que l'entretien des clôtures soit

121. J. Léauté, note sous 1^{re} Civ., 17 novembre 1953, *J.C.P.*, 1954, II, 8371 et les références citées.

R. Cornille, *Vente et louage de choses, contribution à l'étude des contrats réglementés*, thèse, Lille, 1926, p. 142 s.

122. J. Léauté, note précitée, *J.C.P.*, 1954, II, 8371.

R. Meurisse, *Le louage de pâture et la récente législation des fermages*, *G.P.*, 1949, 2, doctrine, p. 54.

123. R. Meurisse, *loc. cit.*, p. 55.

R. Cornille, thèse précitée, p. 160.

124. Civ., 13 mai 1909, *D.P.*, 1910, I, 289 ; S., 1912, I, 413, note Wahl.

On voit cependant parfois reparaître ce critère à titre subsidiaire : Soc., 2 mars 1950, *Bull.*, 1950, IV, n° 218, p. 151. — 1^{re} Civ., 17 novembre 1953, *J.C.P.*, 1954, II, 8371, précité.

125. Bastia, 12 avril 1948, *D.*, 1948, 273. — Soc., 2 août 1948, *Rev. fermages*, 1949, 71. — Trib. Parit. arrond. Nantua, 3 mai 1949, *S.*, 1950, 2, 5. — Trib. Parit. arrond. Saint-Claude, 8 juillet 1950, *D.*, 1952, 28, note R. Savatier. — Soc. 22 février 1952, *G.P.*, 1952, I, 273. — Soc., 15 janvier 1953, *S.*, 1954, I, 84, note J.P.B. — 1^{re} Civ., 17 novembre 1953, *J.C.P.*, 1954, II, 8371, note J. Léauté (précité). — Ch. Réunies, 1^{er} juillet 1957, *D.*, 1958, 185, note R. Savatier. — T.G.I., Coutances, 24 juin 1964, *J.C.P.*, 1964, II, 13889.

considéré comme le critère du bail rural¹²⁶. Surtout, une telle solution paraît contraire à la maxime *accessorium sequitur principale*. L'accessoire ne doit-il pas être neutre au regard de la qualification ?

L'exception n'est qu'apparente.

En raison du support fourni par le principal, l'accessoire est incomplet en tant qu'élément permettant de reconstituer une catégorie juridique couvrant l'ensemble du contrat. C'est tout ce que signifie la maxime *accessorium sequitur principale* qui traduit l'influence indirecte du principal sur l'accessoire.

Or, ici, il n'est nullement question de partir du *seul* élément accessoire pour qualifier le contrat. Une convention qui ne comporterait en tout et pour tout qu'une obligation à la charge d'une des parties, celle d'entretenir les clôtures, ne serait pas un bail ! Ce n'est donc pas la catégorie de l'accessoire qui s'applique à l'ensemble du contrat.

En réalité, c'est encore l'élément principal qui détermine la qualification du contrat.

Le bail se caractérise par le transfert au preneur du droit de jouir du fonds. Mais, pratiquement, cette jouissance se traduit par la perception des fruits et ne se distingue pas de l'appropriation des fruits réalisée par un acheteur en vertu du contrat de vente. Seulement, cette appropriation ne se fait pas de la même manière dans les deux cas¹²⁷. L'acheteur envisage les fruits « à l'état statique » comme le résultat d'un travail de production auquel il est resté étranger, alors que le preneur a le droit et l'obligation de faire fructifier le fonds. La jouissance est « dynamique » et ce caractère s'explique parce que « le bailleur est créancier de l'obligation d'exploiter¹²⁸ » et peut contraindre le preneur à cultiver, alors que l'acheteur peut se contenter d'opposer à tous le droit réel de propriété qu'il a acquis.

S'agissant d'herbages, il est difficile de distinguer les deux formes d'appropriation. Cependant, ce n'est qu'en complément de la jouissance « active » du preneur que se conçoivent les obligations accessoires d'entretien du fonds. L'élément accessoire éclaire, précise l'élément principal. Mais c'est tout de même le principal qui détermine la qualification : le contrat est un bail parce qu'on y trouve l'élément du transfert de jouissance.

Et il serait possible de multiplier les exemples de situations où les éléments accessoires servent ainsi de révélateurs de la nature véritable de l'élément principal et permettent ainsi le choix de la qualification¹²⁹.

126. Note J.P.B. précitée, *S.*, 1954, I, 84.

127. J. Carbonnier, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1952, p. 384.

128. J. Léauté, note précitée, *J.C.P.*, 1954, II, 8371.

129. Cf. par exemple pour la distinction du contrat d'entreprise et du contrat de travail :

T.G.I. Seine, 13 mars 1963, *J.C.P.*, 1963, II, 13202, concl. Herzog ; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1963, p. 723, n° 7, obs. A. Tunc.

C'est encore ce rôle de l'accessoire qui est souvent pour une part dans l'apparition d'une catégorie nouvelle.

b) L'apparition d'une catégorie nouvelle.

172. — Le jeu de la règle de l'accessoire est lié à la liste relativement limitée des catégories existantes. Mais ce catalogue n'est heureusement pas immuable et s'adapte à l'évolution sociale. La règle de l'accessoire est naturellement comprise dans cette évolution.

Le nombre finalement assez faible des catégories — comparé à l'infinie variété des situations concrètes — constitue à la fois leur force et leur faiblesse.

— Une simplification de la réalité est nécessaire au jeu des règles juridiques. « Tel est bien le mérite, tel l'avantage capital et décisif des catégories : assigner aux faits mouvants et flottants de la vie sociale, notamment aux nuances infinies des volontés humaines, un cadre ferme dans lequel ils puissent se développer sans se dissoudre et rester soumis à la préhension du droit ¹³⁰. » La catégorie sert « à assurer le jeu des volontés humaines en signalant le trait décisif destiné à marquer la règle applicable ¹³¹ ». Et ces traits saillants sont relativement peu nombreux.

— Mais c'est là aussi un danger, car, à force de ne saisir qu'un aspect restreint des choses, on risque d'en avoir une vision déformée. Or le Droit ne peut se couper de la réalité pour se réfugier dans des spéculations abstraites. Sinon la revanche des faits sur des contraintes injustifiées de la science juridique serait inéluctable ¹³². Des cadres inadaptés sclérosent les règles de droit. Ils introduisent une gêne dans la vie sociale et, en même temps, la réalité leur échappe et se développe en marge du Droit.

Or la règle de l'accessoire se situe au carrefour de ces deux tendances contradictoires. Il est certain que son jeu tient au nombre assez restreint et à la rigidité des catégories. La maxime *accessorium sequitur principale* n'apparaît plus en présence de notions larges et vagues dont la souplesse ne permet pas de fixer de façon précise les fonctions. Au contraire, plus les cadres sont étroits et inflexibles, plus on en verra d'applications. Et, en retour, la règle de l'accessoire permet de s'accommoder de catégories fermes en écartant le conflit de qualifications. C'est là un résultat heureux, car « assouplir toujours davantage les infrastructures théoriques du droit en abattant les cloisons étanches et en multipliant les nuances, en entourant chaque catégorie d'une zone d'ombre sous le prétexte éminemment respectable d'en modeler les contours sur

130. F. Gény, *Science et technique*, III (1921), n° 213, p. 169.

131. P. Voirin, *J.C.P.*, 1947, II, 3719.

132. Comp. J.-M. Theolleyre, « Une justice dans sa nation », *Le Monde*, 11 au 19 mai 1965.

le réel, c'est affadir les notions, et, par une sorte de « choc en retour », ce réalisme même risque de jeter le discrédit sur la valeur des systématisations dont il voulait préserver le prestige... Au réalisme désireux d'assouplir les catégories, risque de se substituer un relativisme qui les dégrade, entraînant une décadence des notions et partant un dépérissement des certitudes ¹³³ ».

Mais, d'un autre côté, chaque fois que la règle de l'accessoire trouve à s'appliquer, la qualification finalement retenue néglige la nuance qu'apportait l'insertion de l'élément accessoire dans l'acte. Ce peut-être l'indice qu'un perfectionnement de la technique est souhaitable.

173. — Le contrat passé entre un hôtelier et son client comporte, outre la fourniture d'un logement, un certain nombre de prestations complémentaires, accessoires. Leur caractère accessoire permet d'écarter pour l'ensemble de l'acte les qualifications de contrat d'entreprise, contrat de travail... auxquelles on pourrait songer. Il ne reste finalement que l'élément principal de la fourniture de logement qui puisse déterminer la catégorie où se range le contrat. S'agit-il d'un bail ? La présence des obligations accessoires conduit à se demander si la jouissance des locaux est bien fournie de la même manière que dans le bail. Et, peu à peu, une distinction se fait jour. Le cadre du bail convient mal à l'économie du contrat. Une catégorie nouvelle apparaît : le contrat d'hôtellerie, qui compte, parmi ses éléments, les prestations accessoires que la qualification de bail aurait négligées ¹³⁴.

« Le progrès consiste à intercaler entre les techniques déjà existantes d'innombrables variantes pour appréhender toujours plus parfaitement la réalité dont il faut rendre compte : les techniques s'affinent ¹³⁵. »

Et la maxime *accessorium sequitur principale* ne doit certes pas enrayer le progrès.

On remarquera que les obligations complémentaires restent accessoires et que de là dérive toujours l'élimination de qualifications inapplicables en raison du caractère incomplet de ces éléments au regard des catégories en question. Mais, de la catégorie à laquelle se rattache le principal, une catégorie nouvelle s'est détachée « par un phénomène de scissiparité bien connu ¹³⁶ » et cette catégorie plus précise tient compte de la nuance qu'apporte la présence de l'accessoire. On ne peut plus dire alors *accessorium sequitur prin-*

133. J.-J. Dupeyroux, thèse, n° 1.

134. Soc., 12 mars 1954, *D.*, 1954, 311. — Comp. Crim., 25 mars 1965, *J.C.P.*, 1965, II, 14235, rapport Combaldieu.

Pour un autre exemple, cf. la qualification d'après le seul élément principal, avant que n'apparaisse la catégorie du contrat d'édition : J. Valéry, note sous T. com. Seine, 4 juin 1896, *D.*, 1898, 2, 73.

135. R. Perrot, thèse, n° 13.

136. A. Tunc, *Le contrat de garde*, thèse, Paris, 1941, p. 205.

cipale, car l'accessoire, en tant que tel, est un élément de la nouvelle catégorie.

L'adage *accessorium sequitur principale* suppose qu'aucune des catégories qu'on peut envisager ne compte parmi ses composants des éléments présentant le caractère d'accessoires. Alors, force est bien de ne retenir pour la qualification que le principal. Mais lorsqu'il existe une catégorie dans laquelle principal et accessoire sont réunis, cette catégorie correspond bien plus exactement à la réalité et la règle de l'accessoire n'a pas à jouer. Vouloir la faire intervenir systématiquement serait paralyser tout affinement de la technique juridique.

174. — Il faut d'ailleurs remarquer que la multiplication des catégories peut tout aussi bien accroître le domaine de la maxime *accessorium sequitur principale* qu'il peut le restreindre : lorsque la catégorie générale du bail d'immeuble se divise, selon l'objet du contrat, pour faire apparaître les catégories de bail rural, bail de locaux d'habitation, bail commercial..., ces cadres se rétrécissent en se précisant et ouvrent un champ nouveau à la règle de l'accessoire. Par exemple, le contrat porte sur une maison et un terrain cultivé¹³⁷, sur une habitation et un garage¹³⁸, sur un appartement et un local commercial...¹³⁹ L'on verra le contrat entier recevoir une qualification déterminée selon la maxime *accessorium sequitur principale*. Ceci suppose naturellement qu'on ne soit pas en présence de deux contrats distincts, ce qu'établit l'indivisibilité entre la location des biens de nature différente, indivisibilité tenant à la situation des lieux ou à la volonté des parties¹⁴⁰. Ce point établi, la notion d'accessoire peut apparaître. En effet, si les catégories de bail rural, bail commercial, bail de local d'habitation... prennent en considération la nature de l'objet du contrat, elles font aussi intervenir sa *destination*¹⁴¹. Lorsque l'usage d'un fonds de terre n'est pas l'exploitation agricole, il n'y a pas bail rural...¹⁴² Dès lors, si un tel fonds est loué en vue de compléter la jouissance d'un immeuble

137. Soc., 13 janvier 1950, *Bull.*, 1950, III, n° 35, p. 23. — Soc. 14 mars 1951, *Bull.*, 1951, III, n° 232, p. 166. — Soc., 21 juin 1951, *D.*, 1952, 122. — Soc., 25 juillet 1952, *Bull.*, 1952, III, n° 649, p. 466. — Soc., 6 mai 1965, *J.C.P.*, 1965, IV, G., p. 81.

138. Commiss. sup. de cassation, 17 mars 1932, *D.H.*, 1932, 286.

Commiss. sup. de cassation, 16 mars 1933, *D.H.*, 1933, 256.

139. Crim., 24 mars 1932, *G.P.*, 1932, I, 790. — Civ., 4 juillet 1934, *G.P.*, 1934, 2, 395. — Req., 10 juillet 1934, *G.P.*, 1934, 2, 397 (sous note e). — Paris, 6 décembre 1947, *G.P.*, 1948, I, 72.

140. Commiss. sup. de cassation, 17 mars 1932, *D.H.*, 1932, 286, précité. — Civ., 4 juillet 1934, *G.P.*, 1934, 2, 395 précité. — Req. 10 juillet 1934, *G.P.*, 1934, 2, 397 sous note e, précité. — Paris, 6 décembre 1947, *G.P.*, 1948, I, 72 précité.

141. R. Savatier note sous Soc., 19 avril 1947, *D.*, 1948, 1. — Soc., 16 décembre 1966, *Bull.*, 1966, IV, n° 959, p. 803.

142. Pau, 14 janvier 1899, *D.P.*, 1899, 2, 312. — Com. Parit., Bar-sur-Seine, 22 février 1946, *G.P.*, 1946, I, 201.

d'habitation, cette affectation exclut la catégorie de bail rural et il ne reste en réalité pour qualifier le contrat que les éléments, principaux, de la catégorie de bail d'habitation. La maxime *accessorium sequitur principale* traduit ce résultat¹⁴³.

Remarquons d'ailleurs à ce propos que la règle de l'accessoire intervient directement pour la qualification du contrat. On serait tenté de croire que le rapport d'accessoire à principal se situe au niveau des objets, l'immeuble accessoire étant affecté au service de l'immeuble principal. Mais nous avons montré qu'une telle expression traduit la situation sous l'angle économique plus qu'au point de vue juridique¹⁴⁴. Le rapport d'accessoire à principal concerne les droits portant sur les choses et ces droits sont ici ceux qui dérivent du contrat. Ce serait une erreur de considérer qu'un immeuble change de nature parce qu'il est accessoire, et que la qualification du contrat dépend de ce « nivellement » de ses objets. En réalité c'est la jouissance que le preneur exerce sur cet immeuble qui est marquée par l'affectation, et ceci explique directement la qualification retenue¹⁴⁵.

Si la maxime *accessorium sequitur principale* s'efface lorsqu'une catégorie nouvelle retient l'accessoire parmi ses éléments, elle n'est pas pour autant vouée à une disparition rapide, car nombre de catégories se spécialisent, faisant apparaître de nouveaux cadres rigides dans lesquels un élément accessoire n'a pas de place. Sans doute, par la suite, un nouveau progrès pourra-t-il encore créer une catégorie intermédiaire tenant compte de l'accessoire. Mais en attendant, la règle de l'accessoire jouera. Et cette période peut être très longue ; il est souvent utile de faire l'économie d'une catégorie supplémentaire¹⁴⁶.

*
* *

175. — Nous avons limité notre discussion au domaine contractuel. C'est un des nombreux choix arbitraires que nous impose l'ampleur de notre sujet. Il est bien certain que l'on pourrait retrouver dans d'autres secteurs cet aspect de la règle de l'acces-

143. Pau, 14 janvier 1899, S., 1899, 2, 312 précité. — Crim., 24 mars 1932, G.P., 1932, I, 790, précité. — Req., 10 juillet 1934, G.P., 1934, 2, 397 sous note e précitée. — Soc., 21 juin 1951, D., 1952, 122, précité. — P. Montané de la Roque note sous Trib. Parit. arr. Toulouse, 4 juillet 1951, D., 1952, 555. — Paris, 21 octobre 1963, J.C.P., 1963, II, 13449, note Ourliac et de Juglart. — Soc., 6 mai 1965, J.C.P., 1965, IV, G, p. 81, précité.

144. *Supra*, chapitre I, n°s 74 s.

145. « ... Le juge devait donc rechercher et préciser non point quelle était la nature de l'immeuble mais bien quelle était celle de la location... » (Comm. sup. cassation, 6 décembre 1934, G.P., 1935, 2, 617, sous-note a).

146. « Lorsqu'il s'agit d'une matière qui n'est pas encore fixée il est prudent de ne pas mettre en forme trop rapidement les résultats acquis, car, à vouloir les cristalliser prématurément dans des formules techniques trop précises, on risque de perdre le contact avec l'évolution des idées et des mœurs. » (R. Perrot, thèse, n° 25.)

Comp. sur les qualifications inutiles, F. Terré, thèse, n°s 642 s.

soire que nous venons d'examiner¹⁴⁷. Du moins, l'exemple que nous avons retenu nous a-t-il permis de montrer que lorsque le rapport d'accessoire à principal se situe à l'intérieur d'un ensemble unique, ses conséquences sont assez remarquables. Bien que l'accessoire et

147. Bornons-nous à signaler brièvement une application intéressante en matière de *procédure* : lorsqu'il s'agit de déterminer si un procès est jugé à charge d'appel, on ne tient pas compte des dépens pour la détermination du taux du ressort. Certes, on comprend parfaitement que le montant des frais évalué par le tribunal n'entre pas en ligne de compte, puisque le principe est que « ce n'est pas le jugement, c'est la demande qui fixe le taux du ressort » (E. Garsonnet et C. Cézard-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure*, 2^e éd., 1902, t. V, § 1985, p. 670). C'est d'ailleurs pourquoi les arrêts qui, pour décider si un appel limité aux dépens est ou non recevable, recherchent si leur montant excède ou non le taux du dernier ressort, nous paraissent critiquables (Lyon, 27 octobre 1948, *G.P.*, t. 1946-1950, v^o Appel civil, n^o 24 ; Limoges, 15 mai 1889, *D.P.*, 1890, 2, 307 ; Caen, 12 juin 1859, *D.P.*, 1860, 5, 107). Mais, puisque le demandeur, dans ses conclusions, demande toujours la condamnation de son adversaire aux dépens, pourquoi cette demande indéterminée est-elle sans influence sur la recevabilité de l'appel ?

La demande concernant les dépens est une demande accessoire « produite » par la demande principale. Les frais naissent du procès déclenché par la demande principale et, sans cette demande, la question des dépens ne pourrait apparaître.

Le principe est que, pour la détermination du taux du ressort, « il faut considérer l'intérêt actuel que présentent, pour les deux parties, l'adoption ou le rejet des conclusions du demandeur » (E. Garsonnet et C. Cézard-Bru, *op. cit.*, V § 1984, p. 669). Le demandeur intente un procès pour obtenir une modification de ses rapports avec son adversaire qui, lui, recherche le maintien du *statu quo ante*. C'est là « l'intérêt » que représente le litige. La demande principale, seule, y a trait. La demande accessoire concernant les dépens a un autre but : elle vise à effacer, pour le gagnant, les conséquences de la procédure, rendue nécessaire par la résistance de son adversaire. Ce n'est pas « l'intérêt » en jeu. La demande accessoire ne présente donc pas des caractères permettant de la prendre en considération pour la détermination du taux du ressort.

Mais, bien qu'il se décompose en une demande principale et une demande accessoire, le litige est unique. Pour « l'évaluation de la valeur du procès » (E. Garsonnet et C. Cézard-Bru, *op. cit.* et *loc. cit.*) la demande accessoire est sans influence ; elle n'en fait pas moins partie du litige. De telle sorte que, si la demande principale excède le taux du dernier ressort, le procès entier — y compris la question des dépens — est jugé à charge d'appel. D'Aguesseau écrivait : « C'est une maxime certaine dans l'ordre judiciaire, comme dans d'autres matières, que l'accessoire suit la nature du principal, ou que le principal entraîne nécessairement l'accessoire. D'où il suit que les dépens n'étant que l'accessoire du fond de la contestation, celui qui n'est pas juge du fond en dernier ressort ne peut être juge en dernier ressort des dépens. » (T. 10, lettre 268 ; cf. Jur. Gén. Dalloz II, v^o Accessoire, n^o 77.) Si le principal ne suit pas le sort de l'accessoire, indirectement l'accessoire suit le sort du principal, comme faisant partie d'un ensemble dont le régime est déterminé par le seul principal. Il en résulte que « lorsque la valeur de la demande est supérieure au taux du dernier ressort, l'appel, même limité aux dépens inférieurs à ce taux, est recevable en vertu de la règle *accessorium sequitur principale* (Rouen, 23 décembre 1957, *D.*, 1958, Somm. 152. — Req., 18 janvier 1876, *D.P.*, 1876, I, 165). L'appelant limite la saisine des

le principal fassent partie de la même convention, le principal ne suit pas le sort de l'accessoire. La nullité d'une clause accessoire laisse subsister le contrat réduit aux clauses principales. Par l'intermédiaire de la qualification du contrat, le régime de l'élément accessoire subit l'influence de l'élément principal, mais les règles régissant le principal ne sont pas — à quelques nuances près — modifiées par la présence de l'accessoire.

Ces résultats sont importants ; ils ne dépassent cependant pas ce que la logique et le bon sens permettent de tirer de la relation d'accessoire à principal. La règle de l'accessoire, ainsi entendue, n'est pas un moyen d'éliminer plus ou moins arbitrairement les éléments faisant la complexité des conventions. Pour une large part, les difficultés rencontrées, en particulier dans le secteur des qualifications, proviennent des interférences entre cet aspect logique de la règle et l'adage *major pars trahit ad se minorem*, mettant en œuvre un critère mathématique de l'accessoire. Il est certain que l'on ne peut logiquement déduire d'une différence d'ordre quantitatif une quelconque attraction d'un élément par un autre. On ne doit pas parer ce qui est alors un procédé technique artificiel, de la force de conviction qui s'attache à l'expression des conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal. Il ne faut pas davantage taxer d'arbitraire la simple coordination rationnelle des règles du « droit commun », opérée de façon à tenir compte des données de fait.

juges d'appel aux chefs du jugement qui lui font grief (*tantum devolutum, quantum appellatum*) et cet appel est recevable si le litige dans son ensemble a été jugé en premier ressort.

C'est un raisonnement tout à fait voisin qu'à propos de la même question de la détermination du taux du ressort, on peut tenir au sujet des demandes reconventionnelles. De telles demandes, accessoires quant à la forme (*supra*, n^{os} 56 s.) ne le sont pas nécessairement quant au fond. La demande principale peut provoquer la demande reconventionnelle, peut en être une des causes efficientes, cela ne suffit pas à établir un rapport d'accessoire à principal (*supra*, n^o 22), dès lors que la demande reconventionnelle peut être envisagée, au fond, sans le support de la demande principale. Il s'agit alors de demandes connexes et elles sont évaluées séparément pour savoir si l'appel est possible. Il en va autrement pour une catégorie particulière de demandes reconventionnelles, celles qui sont « exclusivement fondées sur la demande principale elle-même ». De telles demandes sont accessoires à tous les points de vue. Or, lorsque le défendeur réclame des dommages-intérêts en réparation du préjudice que lui cause la demande principale, il cherche encore à effacer les conséquences de la procédure. Ce n'est pas là « l'intérêt » du litige et on comprend que de telles demandes reconventionnelles ne soient pas prises en considération pour la détermination du taux du ressort (art. 2 de la loi du 11 avril 1838). Certes, ici, la maxime *accessorium sequitur principale* n'est qu'un des éléments de solution et d'autres raisons interviennent (éviter les procédures dilatoires et les appels abusifs...). L'aménagement pratique des voies de recours ne se fait pas uniquement à coup de raisonnement. Du moins, faut-il tenir compte de la situation particulière créée par un rapport d'accessoire à principal.

Nous retrouverons des questions de qualification et l'adage *major pars trahit ad se minorem*. Mais il ne sera plus question de simple logique et de bon sens ; ce sera dans le cadre de l'étude de la règle de l'accessoire, procédé technique original, utilisé à des fins de politique juridique. Le système sera ainsi placé dans son contexte. Car la distinction entre les deux degrés de la règle est générale ; c'est elle qui éclaire la règle de l'accessoire dans son ensemble.

176. — L'accessoire — au sens strict — a besoin du support du principal. La simple constatation de ce fait s'exprime déjà *accessorium sequitur principale* : le principal entraîne l'accessoire dans sa chute. Il serait absurde de priver délibérément un accessoire du soutien qui lui est nécessaire et, dans la mesure où les règles juridiques visant le principal donnent lieu à interprétation, il est logique, il est conforme au bon sens, de jouer de leur souplesse pour leur faire atteindre aussi l'accessoire. Lorsque c'est à l'intérieur d'un cadre commun que l'analyse découvre un rapport d'accessoire à principal, c'est encore la logique et le bon sens qui imposent de décider, aussi bien à propos de questions de nullité que de qualification, que le principal ne suit pas le sort de l'accessoire.

Mais la règle de l'accessoire ne se borne pas à exprimer ces conséquences rationnelles du rapport d'accessoire à principal. Il est, en effet, assez facile d'élargir la voie ainsi tracée, de forcer les obstacles, pour *imposer* à un élément de suivre le sort de l'autre. Bénéficiant d'une impulsion nouvelle, la règle devient alors un instrument technique au service d'une politique juridique.

La confusion entre ces deux aspects de la règle est la source de la plupart de ses apparentes incohérences, voire de ses contradictions. Pour regrettable qu'elle soit, cette confusion est explicable. Non seulement une même formule peut désigner des résultats analogues bien qu'atteints dans des conditions différentes, mais les applications du procédé technique qu'est la règle de l'accessoire, se situent naturellement dans le prolongement des solutions qui découlent logiquement de l'analyse des faits. Les hypothèses pratiques sont voisines. Seulement, les effets obtenus vont plus loin, le mécanisme de la règle, se faisant plus contraignant devient plus brutal.

Les nouveaux développements de la règle de l'accessoire s'opèrent à partir de la base de départ que constituent les conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal. Mais si on retrouve ainsi certains thèmes déjà évoqués, le pas franchi est d'une importance capitale : à la simple maxime de bon sens, succède un procédé technique original.

DEUXIEME PARTIE

LA REGLE DE L'ACCESSOIRE,
PROCEDE TECHNIQUE ORIGINAL

177. — « La simplicité, ou plus généralement, l'économie des moyens¹ » est un impératif majeur de l'élaboration technique du droit. « La facilité et l'aisance du jeu, pour empêcher l'inutilisation de mécanismes embarrassés ; sa promptitude ou sa rapidité, pour ménager un temps toujours précieux ; son bon marché, pour grever le moins possible les intéressés ; tous ces *desiderata* se ramenant à l'idée d'une économie d'effort, qui augmentera le rendement des instruments techniques². »

Or, quoique limités, les résultats pratiques obtenus par la « règle logique » de l'accessoire sont importants. Il suffit de relativement peu de choses pour les développer et passer de la simple synthèse de solutions issues de la constatation des faits et du raisonnement, à un véritable instrument technique, apte à résoudre un certain nombre de difficultés pressantes. Le procédé n'est pas toujours très élégant, mais son emploi réalise cette « économie des moyens », qui, souvent, est préférable à la subtilité de constructions complexes et délicates.

Deux méthodes sont utilisées pour donner à la règle de l'accessoire cette dimension nouvelle.

— D'un rapport d'accessoire à principal au sens strict découlent des conséquences logiques. Obtenir un degré de plus dans l'alignement du régime de l'accessoire sur celui du principal, c'est franchir les limites du simple raisonnement, c'est exploiter, en vue d'un résultat précis, la vocation naturelle de l'accessoire à suivre le sort du principal. Le point de départ ne change pas. Le rôle de support, joué par le principal, reste la donnée essentielle. Mais on tire délibérément parti de cette situation afin de trancher une question pratique. La règle de l'accessoire ne se borne pas à décrire le jeu des autres règles juridiques, elle est dotée d'une vigueur propre, elle impose des solutions jugées utiles.

— Sans accroître les effets de la maxime de bon sens *accessorium sequitur principale*, c'est encore faire de la règle de l'accessoire un instrument technique qu'assouplir les conditions permet-

1. F. GénY, *Science et Technique*, III, n° 189, p. 37.

2. *Ibid.*

tant d'atteindre ces effets. Ce n'est plus dans la façon dont l'accessoire « suit le sort » du principal que la règle déborde ses frontières logiques ; c'est la notion d'accessoire elle-même qui s'élargit. La transformation est bien plus radicale : on ne retrouve même plus les caractéristiques du rapport d'accessoire à principal qui fondaient le raisonnement. C'est tout le mécanisme de la maxime *accessorium sequitur principale* qui est artificiellement transporté hors de ses bases pour obtenir ailleurs des résultats analogues.

Le dépassement des conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal et la déformation du concept d'accessoire feront l'objet des deux chapitres consacrés à l'exposé de la règle de l'accessoire, procédé technique original.

CHAPITRE I

LE DEPASSEMENT DES CONSEQUENCES LOGIQUES DU RAPPORT D'ACCESSOIRE A PRINCIPAL

178. — Il est parfois difficile de saisir le moment précis où les solutions que désigne la maxime *accessorium sequitur principale* dépassent les conséquences que la logique et le bon sens permettent de tirer du rapport d'accessoire à principal. Fonctionnant comme règle d'interprétation, l'adage se borne à exprimer un raisonnement qui prend simplement en considération les caractères originaux de l'accessoire. Mais où s'arrêtent exactement les pouvoirs de l'interprète ? Les limites sont assez floues en pratique pour que l'on puisse hésiter à admettre que certaines solutions, qui se recommandent de la règle de l'accessoire, sont encore obtenues par voie d'interprétation ou constituent déjà des pièces nouvelles de notre système juridique. Le passage est presque insensible. Ainsi, discrètement, s'insinue l'utilisation de la maxime *accessorium sequitur principale* comme procédé technique permettant de trancher des difficultés ayant leur source dans l'existence d'un rapport d'accessoire à principal.

S'il y a une assez large zone frontière entre les deux aspects de la règle de l'accessoire, l'hésitation n'est plus possible lorsque les effets atteints dépassent nettement ce que l'interprétation la plus hardie peut proposer.

Ainsi en va-t-il de l'attribution autoritaire de la propriété de l'accessoire au propriétaire du principal. Certes, le lien très particulier unissant un accessoire à son support fait naître un intérêt majeur à la réunion des deux biens au sein d'un même patrimoine et c'est bien ce résultat qui est obtenu par l'interprétation, conforme à la maxime *accessorium sequitur principale*, de la vente ou du legs portant sur le principal. Mais lorsqu'il n'y a aucun acte à interpréter, comment faire céder la propriété du maître de l'accessoire ? La règle de l'accessoire est seule ; il faut l'imposer en dépit des obstacles que rencontre le raisonnement.

Pas plus qu'il ne résulte automatiquement du rapport d'accessoire à principal que la propriété de l'accessoire doit « suivre » celle du principal, on ne peut, en logique, déduire de ce rapport que l'accessoire doit prendre la même nature juridique que le principal. Sans doute, telle ou telle règle applicable au principal atteint-elle l'accessoire, mais on est loin d'un « nivellement complet ». Au contraire, les traits essentiels du régime que postule la nature propre de l'accessoire sont autant d'obstacles sur lesquels vient buter la règle de bon sens *accessorium sequitur principale*. Décider que l'accessoire emprunte la nature juridique du principal peut être un procédé commode ; c'est incontestablement dépasser les conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal.

L'attribution de la propriété de l'accessoire au propriétaire du principal et l'emprunt par l'accessoire de la nature juridique du principal sont deux exemples particulièrement nets de l'utilisation de la maxime *accessorium sequitur principale* à titre d'instrument technique. Une section sera consacrée à l'examen de chacune de ces questions.

SECTION I. — *La propriété de l'accessoire est attribuée au propriétaire du principal : la théorie de l'accession*

179. — L'accession mérite une étude particulièrement attentive, non seulement en raison de son importance pratique considérable, mais aussi parce que beaucoup voient dans les articles 546 et suivants du Code civil, la consécration législative la plus éclatante de la règle de l'accessoire : « La théorie de l'accession n'est qu'une application particulière de la règle *accessorium sequitur principale*, qui veut soumettre au même régime juridique le principal et l'accessoire¹. »

Cependant, le rôle exact de la règle de l'accessoire en cette matière est loin d'être défini avec précision. La question, qui demeure posée, est d'importance pour situer la position de la maxime *accessorium sequitur principale* en droit positif.

Les rédacteurs du Code civil ont manifestement voulu présenter une *théorie* de l'accession, ordonnée selon un plan logique. L'article 546 pose d'abord une définition : « La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle *droit d'accession*. » Puis, les textes distinguent en deux chapitres « le droit d'accession sur ce qui est produit par la chose » (art. 547 et s.), et « le droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose » avec, dans ce cas, des règles différentes selon qu'il s'agit de choses immobi-

1. Marty et Raynaud, II-2, n° 121.

lières (section I, art. 552 et s.) ou de choses mobilières (sect. II, art. 565 et s.).

Pratiquement, le Code envisage sous la première rubrique l'acquisition des fruits. Sous la seconde, il traite essentiellement du sort des constructions, plantations et ouvrages faits sur un terrain, des alluvions et relais déposés par les fleuves et rivières, et de diverses hypothèses d'union entre deux choses mobilières. L'idée commune qui anime l'ensemble de ces dispositions paraît être que le propriétaire du principal doit aussi être propriétaire de l'accessoire.

Ce système est d'autant plus remarquable que le Droit romain ne connaissait pas de théorie de l'accession. Les jurisconsultes avaient bien envisagé diverses hypothèses de « rapprochement » entre deux biens mais avaient résolu ces questions en ordre dispersé. Le fait qu'un bien soit accessoire d'un autre était parfois pris en considération : le mot *accessio* était un terme concret désignant l'accessoire. Et malgré la forme latine du brocard, l'adage *accessorium sequitur principale* n'avait pas été érigé en mode d'acquisition de la propriété².

Entre l'attitude romaine et la présentation du système du Code civil, les points de vue sont opposés. Le Droit romain résolvait séparément chaque question de fait, en fonction de considérations morales, économiques et sociales, et il arrivait assez fréquemment que, dans le cas considéré, l'accessoire suive le sort du principal (*accessio cedit principali*). Le Code civil, au contraire, a posé le principe d'un droit d'accession, d'où sont déduites les solutions concrètes.

180. — Telle est, du moins, la constatation qui paraît s'imposer lorsqu'on examine le plan suivi par le Code. Cependant, le détail de la réglementation de l'accession se prête moins bien à cette vue systématique des choses et il faut faire un réel effort de synthèse pour maintenir l'unité de la théorie.

Mais les nécessités pratiques et l'évolution économique et sociale ont, au contraire, poussé à faire ressortir le particularisme de certaines situations réglées sous le terme générique d'accession. La théorie unitaire tend à se désagréger et le droit positif se rapproche beaucoup plus du Droit romain, sinon dans les solutions elles-mêmes, du moins dans la façon d'aborder la question. Là où on pouvait voir un des grands principes du droit de propriété, n'apparaît plus que l'humble règlement concret d'un certain nombre de difficultés pratiques.

2. « Il suffit d'analyser particulièrement chaque hypothèse de l'accession pour reconnaître que les décisions des jurisconsultes sont inconciliables avec le principe qui prétend faire un mode d'acquisition du rapprochement de la chose accessoire avec la chose principale, que cette sorte d'attraction d'un objet important sur un autre accessoire qui vient s'y unir n'existe pas. » (E.P. Henry, thèse, p. 11.)

Ces deux attitudes, il faut le noter, conduisent l'une comme l'autre, à dépasser les conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal. Mais la maxime *accessorium sequitur principale*, devenue règle technique, n'a pas la même « noblesse » : Si le « droit d'accession » compte parmi les grandes règles directrices de l'organisation de la propriété, la règle de l'accessoire, qui en constitue la structure, se hausse au rang des quelques principes majeurs qui forment l'ossature technique essentielle de notre système juridique. S'il ne s'agit que de résoudre, au mieux des besoins pratiques, quelques difficultés pressantes, la maxime *accessorium sequitur principale* n'est qu'un outil, utile mais modeste, dont l'emploi n'obéit à aucune préoccupation théorique et fait plutôt figure d'exception.

Il y a là deux manières bien différentes de faire de la règle de l'accessoire une pièce originale de notre appareil technique. Les textes permettent sans doute de soutenir l'une ou l'autre conception, mais l'évolution du droit positif traduit un choix qui paraît bien irréversible : de la construction théorique du « droit d'accession », pièce maîtresse du régime juridique de la propriété, on passe à l'objectif, moins ambitieux, de régler, comme le faisaient les Romains, certains conflits pratiques en matière de propriété au moyen de la maxime *accessio cedit principali*.

Sous-section 1. — Le « droit d'accession », principe général de l'organisation juridique de la propriété.

181. — Les rédacteurs du Code civil ont assez clairement manifesté leur intention de présenter une *théorie* de l'accession. L'essentiel, dans cette optique, est alors de dégager l'idée qui est à la base du système. De là doivent ensuite se déduire sans peine les conséquences pratiques. L'examen de ces applications est cependant fort important, car il constitue une véritable vérification de la cohérence de la théorie.

§ 1. — La nature de l'accession.

C'est une opinion fort répandue que l'accession est un des quelques principes généraux régissant le droit de propriété. Mais l'accord est loin de régner sur l'explication qu'il convient de donner à la théorie.

L'unanimité ne se fait même pas sur l'idée de reconnaître dans l'accession le jeu de la maxime *accessorium sequitur principale*. Il ne suffit d'ailleurs pas d'invoquer l'adage, pour que la place qu'occupe la règle de l'accessoire soit, par cela seul, précisée.

A. — Les explications de l'accession en dehors
de la maxime *accessorium sequitur principale*

a) L'accession, phénomène naturel.

182. — La solution extrême élimine complètement la règle de l'accessoire. Cette conception, qui continue à inspirer plus ou moins nombre de prises de position actuelles, a été exprimée très nettement par Demolombe.

« Rationnellement, philosophiquement, on ne saurait voir un mode d'acquérir dans le fait, dans le résultat du fait, que l'on a appelé accession³... » La démonstration peut en être faite pour les deux catégories d'accession envisagées par le Code civil.

— D'abord pour ce qui est « produit par la chose » : « Tant que les fruits sont renfermés dans le corps même de la chose, ils en sont une partie intégrante et homogène ; les fruits pendants par branches ou par racines, sont une partie du sol ; le part est une partie des entrailles de la femelle qui le porte. Il n'y a pas là deux choses, l'une principale, l'autre accessoire... il n'y a qu'un seul être et qu'un objet unique ; et le droit de propriété s'applique, en effet, uniquement au sol lui-même tel quel, planté ou couvert de récoltes, ou à la femelle telle quelle et dans l'état où elle se trouve...⁴ » Le droit d'accession permettrait-il d'acquérir les fruits lorsqu'ils sont détachés de la chose productrice ? « Mais c'est bien impossible ! car il n'y a pas alors *accession*, mais *discission* ; il n'y a pas union, mais tout au contraire séparation ! La vérité est que le maître alors ne fait qu'exercer son droit de propriété... il n'acquiert pas, en vertu d'un nouveau droit, cette chose qui vient, en se détachant de la sienne, de revêtir une individualité ; c'est uniquement son droit de propriété antérieur qui se maintient et qui se continue sur cette chose produite par la sienne et désormais principale elle-même⁵. »

— Quant aux choses qui « s'unissent et s'incorporent » à une chose, « en droit il n'est pas exact de prétendre que l'un ait acquis, dans le sens technique de ce mot, la propriété de cette même chose que l'autre a perdue. Car cette chose, civilement, juridiquement, elle a péri ; elle n'existe plus ; elle n'est pas devenue seulement l'accessoire d'une autre chose, qui serait la principale ; elle s'y est absorbée et anéantie ! Si l'on suppose par exemple, qu'il s'agit de constructions ou de plantations faites sur le sol de l'un avec les matériaux de l'autre, il n'y a pas 1° un sol, 2° des matériaux, des pierres ou des arbres ; il n'y a encore ici qu'un seul être et qu'un objet unique ; il n'y a que le sol, tel quel, bâti ou planté désormais et qui, par sa puissance d'attraction, a *dévoré*, si j'ose dire ainsi, les matériaux qui n'existent plus...⁶ »

3. *Cours de Code Napoléon*, IX, n° 572.

4. *Ibid.*, n° 573.

5. *Ibid.*

6. *Ibid.*, n° 574.

Cette conception offre une grande homogénéité. Dès lors que l'on pose tout ce qui adhère au sol en fait partie, il n'y a aucune difficulté pour régler le sort de la propriété. Il n'y a jamais qu'une seule chose dont la forme, le volume, la valeur se modifient sans qu'elle change d'identité. Il n'est donc pas question de voir jouer la maxime *accessorium sequitur principale* : où seraient le principal et l'accessoire ? On ne peut même pas chercher un rapport d'accessoire à principal entre éléments constitutifs d'un ensemble indivisible : il faudrait pour cela que l'union des deux éléments fit apparaître un *bien nouveau*. Or on affirme précisément qu'il n'y a pas d'autre bien que le sol, accru peut-être, mais *qui conserve son identité*.

Bien plus, l'accession *en tant que règle juridique* n'existe pas. Il n'y a qu'un phénomène matériel d'accroissement d'une chose. Les rédacteurs du Code civil ont donc commis une erreur d'analyse en écrivant à l'art. 712 que « la propriété s'acquiert aussi par accession ou incorporation ». Le droit aux fruits est la propriété de la chose frugifère elle-même et, dans le cas d'incorporation, « la chose accessoire n'est plus une chose, une substance : elle est devenue une qualité de la chose principale. Le droit de propriété qui existait sur l'accessoire a nécessairement disparu... Il est clair que l'événement qui a opéré la destruction juridique de cette chose ne saurait faire naître une cause d'acquisition de la propriété de cette même chose. En un mot, le propriétaire n'a pas acquis, mais s'est enrichi, et l'enrichissement est bien différent de l'acquisition⁷ ». Ce ne sont que les conséquences de cet enrichissement qu'il convenait de régler et c'est à cela que se limitent les dispositions particulières à l'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose.

183. — Cette vue des choses est excessivement théorique. Demolombe reconnaissait lui-même qu'il s'agissait là de « considérations abstraites⁸ ».

Le postulat de base n'est exact ni physiquement, ni juridiquement.

— A la rigueur, l'idée d'une absorption des accroissements par le sol pourrait être défendue pour l'alluvion : les molécules de terre amenées par la rivière paraissent s'unir à la berge et s'y confondre. Et il est vrai qu'il est souvent difficile de mesurer l'accroissement dû au mouvement des eaux. Cependant, ce n'est pas toujours le cas : il arrive que l'ancienne limite du fonds soit parfaitement reconnaissable et qu'on puisse distinguer du terrain primitif les terres laissées par l'eau. Si le terrain alluvionnaire ne pouvait jamais être identifié, comment expliquer que l'Etat ou des particuliers ont parfois plaidé pour s'en voir reconnaître la propriété⁹ ?

7. E.-P. Henry, thèse, p. 14-15.

8. *Cours de Code Napoléon*, IX, n° 575.

9. A titre d'exemple, cf. *infra*, n° 242 s.

Mais surtout, comment peut-on prétendre qu'un bâtiment n'est qu'une « qualité du sol » qui le porte ? La construction est individualisée. Elle peut d'ailleurs être enlevée sans que sa démolition porte atteinte au terrain lui-même. Les fruits aussi sont identifiables et constituent des choses distinctes. C'est même une de leurs caractéristiques de pouvoir être détachés sans entraîner de perte de substance de la chose productrice.

— Sans même insister sur le fait que le *jus fruendi* est toujours présenté comme un attribut de la propriété, ce qui serait inutile si les fruits s'identifiaient totalement à la chose frugifère, il faut remarquer que la réglementation de l'accession fait apparaître des anomalies difficiles à justifier dans la conception de l'accession simple phénomène naturel : l'article 555 prévoit l'éventualité d'une démolition de constructions, ce qui prouve qu'elles peuvent être séparées du sol ; les règles de l'accession mobilière font parfois intervenir le partage de la chose, la copropriété, ce qui ne s'explique pas s'il n'y a jamais que des hypothèques d'accroissement matériel d'une chose.

En réalité, le système de Demolombe confond l'accession avec la théorie des impenses. Or si les situations sont voisines elles doivent être distinguées¹⁰. « L'impense est intimement fusionnée au sol ou au bâtiment qu'elle sert à améliorer ou réparer. Le sable, le gravier, le ciment ont perdu toute individualité propre, toute existence distincte et séparée¹¹. » Là, la théorie de Demolombe est exacte : les réparations, les travaux, qui conservent ou améliorent seulement l'objet auquel ils s'appliquent, ne peuvent donner lieu à une propriété distincte. Il ne peut être question que d'éventuelles indemnités. Il n'y a pas d'accessoires ni de principal¹².

Mais telles ne sont pas les situations réglées au chapitre de l'accession. Les choses incorporées au sol ne se confondent pas avec lui, elles n'y perdent pas leur substance.

On peut songer à un affinement de ce système, pour échapper aux objections qu'il suscite. En se compliquant quelque peu, la théorie introduit alors la maxime *accessorium sequitur principale*, mais dans un rôle très effacé.

10. Civ., 22 août 1865, *P.*, 1866, 395. — Civ., 28 mars 1939, *S.*, 1939, I, 265, note L. Audiat ; *D.C.*, 1942, 119, note F.G. ; *G.P.*, 1939, I, 265. — Cf. l'exposé de la distinction par M. P. Levie, thèse, nos 16 et 60.

11. P. Levie, thèse, n° 60.

12. Nous ne pouvons nous associer à M. Levie lorsqu'il écrit que « l'impense, quand elle ne consiste pas uniquement en main d'œuvre, représente typiquement le cas d'un accessoire (les matériaux ayant servi à la réparation ou à l'amélioration) uni ou perdu dans le principal »... (thèse, n° 16). Pour nous, une caractéristique de l'accessoire est d'être individualisé. Il n'y a donc pas de rapport d'accessoire à principal dans cette hypothèse.

b) L'occupation réelle.

184. — Si l'on raisonne sur l'hypothèse de l'incorporation de constructions au sol, on constate que lorsque l'on édifie un bâtiment, l'union des différents matériaux donne naissance à une chose nouvelle, la construction dans laquelle ils sont fondus. Les matériaux ont perdu leur individualité. On peut leur appliquer la règle *res extinctae vindicari non possunt*. Les matériaux ne se retrouvent plus. Ils ont fait place à un édifice.

Mais cette construction, elle, est individualisée. Elle ne se confond pas avec le sol. Il faut déterminer qui en sera propriétaire, puisque la propriété des matériaux est éteinte et ne peut fournir d'indication. Le bâtiment est en quelque sorte une *res nullius*. Or l'appropriation d'un *res nullius* se fait par l'occupation. C'est ce qui justifie l'attribution de la construction au propriétaire du sol : « Deux opérations distinctes ont alors lieu : l'extinction de la propriété chez l'un, la création de la propriété chez l'autre. Ces opérations se font simultanément, mais sont indépendantes l'une de l'autre. L'extinction de la propriété se fait par la perte de la forme, de l'individualité primitive. Quant à la création de la propriété chez l'autre, elle dérive de l'occupation. Seulement cette occupation ne se fait pas par la personne, mais *par la chose* qui nous sert pour ainsi dire de mandataire. C'est une occupation réelle¹³. »

Il n'y a donc pas de transfert de propriété. Le droit acquis par l'un n'est pas le droit perdu par l'autre. La double opération se réalise au même moment, celui où les matériaux cessent d'être des matériaux pour devenir un bâtiment, c'est-à-dire lors de leur incorporation au sol¹⁴.

Cette solution vaut aussi bien lorsque le propriétaire du sol édifie une construction avec des matériaux qui ne lui appartiennent pas, que lorsque le constructeur réalise l'édifice sur le sol d'autrui. Elle rend compte *a fortiori* de l'accession par le mouvement des rivières : les particules de terre arrachées par les eaux situées en amont perdent toute individualité. « Qui pourrait se dire propriétaire des mottes de terre transportées par les eaux¹⁵ ? » Il y a extinction du droit de propriété qui portait sur elles. Mais le terrain alluvionnaire une fois formé est « occupé » par l'intermédiaire de la rive à laquelle il s'est joint.

Ainsi, la base du système est-elle la règle *res extinctae vindicari non possunt*. Quant à la règle de l'accessoire, elle en est le complément¹⁶, en ce sens que c'est la position d'accessoire du bien,

13. J. Brissé Saint-Macary, thèse, p. 18.

14. J. Brissé Saint-Macary, thèse, p. 59.

15. E.-P. Henry, thèse, p. 120.

16. J. Brissé Saint-Macary, thèse, p. 21. Cet auteur semble d'ailleurs entendre cette expression avec un sens quelque peu différent. Il considère que la règle de l'accessoire exprime l'attraction par le bien de plus grande valeur des choses de moindre valeur (p. 22). Comme long-

qui, en rendant possible l'occupation réelle, en détermine l'acquisition par le propriétaire du sol. Mais la maxime *accessorium sequitur principale* ne fait guère qu'exprimer le résultat.

On remarquera d'ailleurs que le système de l'occupation réelle, lié à la situation de fait du rapport d'accessoire à principal, pourrait expliquer l'acquisition des fruits et justifierait la place des art. 547 et suivants dans le Code civil ¹⁷.

185. — Il est vrai que des matériaux inclus dans une construction perdent leur individualité alors qu'apparaît une chose nouvelle, la construction. Mais est-ce suffisant pour expliquer l'accession ? Sans même vérifier le bien-fondé du système dans les conséquences qu'il implique, il apparaît immédiatement que l'idée d'une acquisition de la propriété par une « occupation réelle » est assez peu satisfaisante. Comme « l'absorption par le sol », l'« occupation réelle » est bien davantage une image qu'une réalité juridique. La preuve en est que c'est avec des « comme si », « pour ainsi dire » ou « en quelque sorte », qu'elle est présentée. « L'esprit qui, en matière de droit comme ailleurs, se nourrit d'images se plaît à se représenter le sol comme prenant possession des matériaux de construction dès qu'ils lui sont joints comme liés aux fondations du bâtiment, elles-mêmes enfouies dans le sol. Depuis des temps lointains les hommes se sont plus à personnifier la nature en des dieux ou autres êtres invisibles, auxquels ils prêtent des sentiments et des actes semblables aux leurs. Les juristes aussi sont parfois tentés de procéder par images... La méthode n'est pas bonne... ¹⁸ »

De plus, il ne suffit pas de constater que les matériaux incorporés dans une construction ont perdu leur individualité pour faire de la construction une *res nullius*. Un meuble fabriqué à l'aide d'autres meubles n'est pas sans maître... Dans le cas de constructions érigées sur le terrain d'autrui, il faut tenir compte du fait que le constructeur a agi dans son intérêt propre ¹⁹. Or le fait d'avoir

temps les fonds de terre ont été les plus grandes richesses, la maxime *accessorium sequitur principale*, ainsi entendue, vient en renfort de la construction logique fondée sur *res extinctae vindicari non possunt*. Mais cette situation économique étant dépassée, il devient insuffisant et même inexact d'invoquer la maxime *accessorium sequitur principale* dans l'accession (p. 12).

Il est clair que cette conception repose sur une confusion entre deux conceptions de l'accessoire. Mais si l'on écarte la notion mathématique de l'accessoire, on s'aperçoit que c'est le rapport d'accessoire à principal qui fonde, dans le système de M. Brissé Saint-Macary l'acquisition de la propriété. La maxime *accessorium sequitur principale* se joint donc à *res extinctae vindicari non possunt* pour expliquer l'accession.

17. Bien que M. Brissé Saint-Macary dénonce comme une erreur la catégorie de l'accession sur ce qui est produit par la chose (thèse, p. 9 et 10).

18. P. Esmein, note sous Civ. 1^o, 1^{er} décembre 1964, *J.C.P.*, 1965, II, 14213.

19. P. Levie, thèse, n^o 63.

construit pour soi-même ne disparaît pas par l'incorporation des matériaux au sol.

D'ailleurs, même les tenants de cette théorie admettent, au moins dans le cas des constructions élevées sur le sol d'autrui, que l'acquisition par le propriétaire du terrain ne se justifie plus par une « sorte de nécessité juridique... mais par des considérations d'utilité sociale²⁰ ». Le système perd alors de sa cohérence.

C'est peut-être pourquoi nombreux sont ceux qui préfèrent une explication plus simple.

B. — L'explication de l'accession par la maxime *accessorium sequitur principale*

186. — Pour beaucoup, « accession » est synonyme de *accessorium sequitur principale*²¹. On rappelle à cet égard les formules invoquées en Droit romain pour régler les situations analogues à celles qu'envisage le Code civil : *Accessio cedit principali... Aedificium solo cedit... Omne quod solo inaedificatur sole cedit...*, formules qui traduisent clairement cet aspect de la règle de l'accessoire. Le Code a, suivant la tradition, considéré le sol comme étant toujours principal. Or l'accessoire suit le sort du principal. La propriété de l'accessoire passe donc au titulaire de la propriété du sol. L'acquisition est automatique et immédiate dès qu'apparaît le rapport d'accessoire à principal. La propriété du sol est dotée d'une force d'attraction qu'exprime la maxime *accessorium sequitur principale*.

Cette conception correspond probablement à l'idée des rédacteurs du Code civil, mais se contenter d'une référence verbale à la règle de l'accessoire est insuffisant. Le système doit être présenté avec plus de précision pour que le rôle de la maxime *accessorium sequitur principale* dans l'explication de l'accession apparaisse clairement. Pour cela, il faut commencer par rappeler ce que signifie ici le rapport d'accessoire à principal.

a) Le rapport d'accessoire à principal.

187. — Il est inutile de s'attarder à l'idée que le rapport d'accessoire à principal pourrait être d'ordre quantitatif. Cette conception, il est vrai, est fort répandue : l'accession est alors considérée comme un exemple de l'attraction du bien de faible valeur par celui de plus grand prix. Le Code civil n'aurait en somme que tiré de l'histoire une présomption de la valeur supérieure du sol qui lui aurait permis d'adopter des règles fermes en matière immobilière, contrastant avec l'incertitude de l'accession mobilière.

La théorie de l'accession sortirait considérablement affaiblie

20. J. Brissé Saint-Macary, thèse, p. 19.

21. F. Terré, thèse, n° 485.

d'une telle justification. On ne pourrait que s'associer aux critiques des auteurs qui la dénoncent comme « demi-barbare²² » ou soulignent son « caractère désuet²³ ». On comprendrait qu'on ait pu penser que les règles du Code civil étaient dépassées par l'évolution économique contemporaine²⁴, au point qu'on devrait, pour en respecter l'esprit, en contredire la lettre²⁵.

L'attraction par le sol ne serait, en tout cas, qu'une solution reposant sur des conceptions économiques sujettes à révision²⁶.

Nous avons déjà eu l'occasion de montrer que le droit positif n'accueillait pas ici la notion quantitative de l'accessoire²⁷. Il n'y a aucune raison pour que la propriété du bien le plus important entraîne celle du bien de moindre valeur²⁸.

En réalité, c'est d'un rapport d'accessoire à principal au sens strict qu'il s'agit : un des biens a besoin du support fourni par l'autre. L'accessoire étant individualisé est, en principe, l'objet d'un droit de propriété distinct. Mais l'existence même de l'accessoire dépend d'un service fourni par le principal ; or, toutes les utilités d'une chose sont saisies par le droit de propriété. Si bien que le droit de propriété sur l'accessoire passe par la propriété du principal.

Concrètement, une construction est une chose distincte du sol sur lequel elle est bâtie. Elle est objet d'un droit de propriété qui n'est pas le droit de propriété sur le terrain. Mais elle occupe le sol et sa présence interdit toute autre utilisation de la surface couverte. Cela signifie qu'il n'est pas possible d'exercer une maîtrise sur la construction sans, en même temps, utiliser le sol²⁹.

22. Planiol, note sous Paris, 8 février 1892, *D.P.*, 1892, 2, 409.

23. P. Lévie, thèse, n° 36.

24. J.-P. Delmas Saint-Hilaire, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1959, p. 412.

25. Besançon, 14 décembre 1955, *D.*, 1957, 358, n. E.S. de la Marnerie ; *J.C.P.*, 1957, II, 9706, n. Ponsard ; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1957, p. 102, obs. Desbois.

26. « Tant que l'on reconnaîtra la suprématie aux biens immobiliers par rapport aux biens mobiliers, cette distinction (de l'accessoire et du principal) pourra subsister. Mais le jour où l'on refusera ce privilège au bien immobilier, au sol en particulier, comme, en raison de son caractère d'immobilité, moins capable que le bien mobilier de se plier aux nécessités économiques et à leurs variations, les biens mobiliers bénéficieront alors des avantages du droit de propriété dont se trouveront dépouillés les biens immobiliers. Dès lors, la définition actuelle du bien principal serait devenue inexacte... » (J. Brissé Saint-Macary, thèse, p. 37).

27. *Supra*, n°s 16 s.

28. Il suffit de rappeler cette objection décisive : « Il faudrait admettre que, de deux personnes co-propriétaires d'un même bien, l'une pour les 2/3, l'autre pour 1/3, la première a de plein droit le pouvoir d'exproprier l'autre... » (J. Carbonnier, *Droit civil*, II, n° 72, p. 240.)

29. M. P. Lévie écrit, à propos des constructions élevées sur le terrain d'autrui : « Il n'y a pas de rapport de principal et d'accessoire. Ce rapport ne résulte plus, à notre époque, d'aucun critère sérieux. Ni

Mais que peut-on tirer de cette constatation ? Qu'on ne peut envisager la propriété de l'accessoire de façon totalement indépendante de celle du principal sans s'exposer à des conflits, les deux droits se chevauchent partiellement. Mais il n'en résulte pas nécessairement que la propriété de l'accessoire doive être attribuée au propriétaire du principal. Tout ce qu'il est possible de dire est que cette solution supprime toute difficulté et garantit la coexistence harmonieuse des deux droits.

Ce n'est donc pas une conséquence logique du rapport d'accessoire à principal qui explique que la propriété de l'accessoire soit attribuée au maître du principal dans les hypothèses visées sous la rubrique de l'accession. La consécration de la maxime *accessorium sequitur principale* est le fait de la loi.

b) La théorie de l'accession dans le Code civil.

188. — Il ne fait guère de doute que les rédacteurs du Code civil ont voulu cette consécration de la règle de l'accessoire d'une manière très générale.

Nous avons rappelé que le Droit romain avait envisagé diverses hypothèses d'union entre deux choses et que les jurisconsultes résolvaient les difficultés naissant de ces « rapprochements » entre deux biens, en s'inspirant de considérations diverses. Les romanistes ont remarqué que ces solutions pouvaient, parfois au prix de légères modifications, se regrouper autour d'une idée unique : *accessorium sequitur principale*. Dès lors, il était facile de développer le système. De même que d'une succession de procès distincts peut naître une théorie jurisprudentielle, d'une série de solutions pratiques données à des questions concrètes s'est dégagé le *principe* sous-jacent qu'on avait jusque-là appliqué plus ou moins inconsciemment : lorsqu'une chose s'unit à une autre chose, la propriété de la chose principale entraîne la propriété de la chose accessoire. Un nom a même été trouvé pour désigner le phénomène : l'accession. Aussi, comme l'avait fait Pothier, les rédacteurs du Code civil ont-ils considéré que l'accession était un mode d'acquisition de la propriété.

Mais on s'aperçoit que ce n'est pas la seule hypothèse où la propriété de la chose principale est un titre d'acquisition d'une chose accessoire : les fruits, même pendants par branches et par

la valeur, ni la fixité, ni l'utilité, ni les possibilités de publicité ne peuvent fonder une sujétion du bâtiment au sol. Mais ce qui est exact, c'est qu'en dehors de toute idée de comparaison entre eux, le bâtiment occupe le sol et, par là, prive le propriétaire du fonds d'une partie de ses droits... » (Thèse, n° 60.)

En réalité, M. Lévie démontre donc lui-même l'existence d'un rapport d'accessoire à principal entre le sol et la construction et c'est l'adage *major pars trahit ad se minorem* qu'il écarte et non la maxime *accessorium sequitur principale* comme il le prétend.

racines, sont identifiables. Ils sont individualisés et se distinguent de la chose productrice³⁰. Ils sont aussi, du moins le cas est net pour les fruits naturels tant qu'ils ne sont pas détachés, des accessoires de la chose dont ils tirent leur substance puisque leur existence dépend évidemment de ce que leur fournira la chose frugifère. Or le droit aux fruits est un attribut classique de la propriété. A la différence du droit d'usage et du droit de disposition qui portent sur la chose elle-même, il réalise l'acquisition de la propriété de choses nouvelles. Il a donc été admis de longue date que la propriété d'une chose s'étendait à celle des accessoires qu'elle produisait. L'analogie n'est-elle pas frappante avec l'acquisition des accessoires qui, de l'extérieur, viennent se joindre à la chose ? Les rédacteurs du Code civil en ont conclu que l'attraction de la propriété de « ce qui s'unit et s'incorpore à la chose » était un attribut de la propriété, au même titre que le *jus fruendi*³¹.

Dès lors, la construction s'achève d'elle-même : le droit de propriété a la vertu d'attirer la propriété des accessoires. On peut désigner cette règle du nom d'accession au sens large. La théorie classique, en faisant du *jus fruendi* un attribut de la propriété, n'avait vu qu'un seul aspect de ce principe. Désormais, on considérera que les attributs du droit de propriété doivent se dire : droit d'usage, droit de disposition et droit d'accession, ce dernier se divisant en deux branches selon qu'il réalise l'acquisition des accessoires produits par la chose ou de ceux qui viennent s'y unir.

189. — Ainsi s'expliquent à la fois la place et le plan de la réglementation de l'accession, que ne contredit nullement l'affirmation de l'article 712 qui voit dans l'accession un mode d'acquérir la propriété : la propriété comporte un attribut particulier qui est un titre d'acquisition des choses accessoires. La maxime *accessorium sequitur principale* se voit alors revêtue d'une force considérable. Mais il faut bien noter que la portée conférée à l'adage vient de la loi et non d'une véritable nécessité logique.

On doit aussi remarquer que la règle de l'accessoire n'est pas consacrée avec toute l'ampleur qu'on pourrait concevoir. Pour que joue l'accession, une condition semble s'ajouter à la constatation d'un rapport d'accessoire à principal : les deux choses doivent être *matériellement* unies. Et c'est pourquoi le rapport résultant seulement de l'affectation de l'accessoire au service du principal n'est pas retenu. Les effets très graves de l'accession supposent un lien indiscutable. D'autre part, l'affectation est un principe *volontaire* et l'ac-

30. A la différence des produits qui sont une partie de la chose elle-même.

31. « L'accession par union ou par incorporation est le droit pour le propriétaire d'un meuble ou d'un immeuble de considérer comme lui appartenant tout ce qui est une dépendance et un accessoire de la chose ; c'est une extension ou un développement, c'est-à-dire encore un attribut de la propriété. » (Beudant-Voirin, IV, n° 337.)

quisition automatique de la propriété serait perturbée s'il fallait se livrer à des recherches d'intention.

C'est précisément l'exclusion du rôle de la volonté qui donne sa rigueur à cette conception de l'accession. Or, on peut se demander si la cohésion de la théorie, telle qu'elle se dégage du *plan* suivi par le Code civil, n'est pas menacée par le *détail des dispositions* qui devraient être des applications du principe de base. L'article 555, qui règle le cas très pratique des constructions élevées sur le terrain d'autrui semble en effet, en laissant place à la volonté, contredire l'idée d'une acquisition immédiate et automatique de la propriété des accessoires.

Il est important de vérifier si ce texte ne ruine pas la théorie, dans l'hypothèse où elle est le plus fréquemment amenée à jouer.

§ 2. — L'application du principe : l'article 555 et le jeu immédiat de l'accession.

190. — L'article 555 est ainsi conçu : « Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec des matériaux appartenant à ce dernier, le propriétaire du fonds a le droit, sous réserve des dispositions de l'alinéa 4, soit d'en conserver la propriété, soit d'obliger le tiers à les enlever.

« Si le propriétaire du fonds exige la suppression des constructions, plantations et ouvrages, elle est exécutée aux frais du tiers, sans aucune indemnité pour lui ; le tiers peut, en outre, être condamné à des dommages-intérêts pour le préjudice éventuellement subi par le propriétaire du fonds.

« Si le propriétaire du fonds préfère conserver la propriété des constructions, plantations et ouvrages, il doit, à son choix rembourser au tiers, soit une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, soit le coût des matériaux et le prix de la main d'œuvre estimés à la date du remboursement, compte tenu de l'état dans lequel se trouvent lesdites constructions, plantations et ouvrages.

« Si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé qui n'aurait pas été condamné, en raison de sa bonne foi, à la restitution des fruits, le propriétaire ne pourra exiger la suppression desdits ouvrages, constructions et plantations, mais il aura le choix de rembourser au tiers l'une ou l'autre des sommes visées à l'alinéa précédent. »

Cette rédaction provient d'une loi du 17 mai 1960. Mais la structure initiale du texte n'a pas été modifiée.

Or, l'article 555 semble introduire, au moins dans le cas de la construction érigée par un possesseur de mauvaise foi, une *condition supplémentaire* à l'existence du rapport d'accessoire à principal pour que se réalise l'acquisition par le propriétaire du sol : *une manifestation de sa volonté*. Les rédacteurs du Code civil

n'ont-ils pas ainsi eux-mêmes contredit la théorie de l'accession³² ? Si l'acquisition est subordonnée à la décision du propriétaire du fonds, « cette intervention de la volonté vient bouleverser complètement le système de l'accession... Ce n'est plus l'union physique qui, par un mécanisme primitif, engendre la mutation de propriété ; celle-ci est écartée ou retardée par un élément nouveau, étranger jusque-là au problème, la volonté du propriétaire du sol³³ ».

En particulier, une telle condition ne permet plus de voir dans l'accession une application *pure et simple* de la maxime *accessorium sequitur principale*. La théorie se désagrège si l'on admet une exception d'une telle importance pratique.

L'intervention de la volonté paraît tout à fait hors de propos dans l'hypothèse, qui est expressément envisagée par l'article 555, où le seul rapport entre le constructeur et le propriétaire du sol résulte précisément *du fait matériel* de la construction. Tout devrait, semble-t-il, se régler automatiquement : on constaterait seulement la situation issue du fait de l'incorporation de l'ouvrage au sol.

Faire une place à la volonté paraît *a priori* plus normal lorsque le constructeur et le propriétaire du sol étaient, dès avant l'édification du bâtiment, liés par des rapports d'obligation, pratiquement, par un bail. Le fait matériel de la construction s'insérant dans un contexte contractuel, il est alors moins surprenant de quitter le plan strictement matériel.

A. — En dehors de tout contrat

191. — En dehors de tout contrat liant à propos de l'utilisation du sol le constructeur et le propriétaire du terrain, il ne peut être question que d'interpréter l'article 555.

Donner à la manifestation de volonté du propriétaire du fonds une influence sur le jeu de l'accession apparaît inconciliable avec le principe d'une acquisition immédiate de la construction.

La conciliation a pourtant été tentée :

a) L'accession virtuelle.

Le statut exact du terrain peut-être incertain au moment de la construction, comme le propriétaire du sol peut ignorer qu'un tiers édifie une construction sur son fonds. Pourtant, l'accession a lieu : « Dans de telles conditions, ce droit nouvellement créé n'est pas perçu par les parties, c'est-à-dire le propriétaire et l'auteur de

32. Il est vrai que le texte du projet était plus simple et que c'est de la discussion devant le Tribunal qu'est sorti le système actuel. Mais l'amendement n'a porté que sur la situation du constructeur de bonne foi. De toutes façons, il faut bien, en droit positif, prendre le texte tel qu'il est.

33. P. Levie, thèse, n° 39.

l'union à la propriété existante d'un nouveau bien ; cependant il n'en existe pas moins, car ce qui l'a fait naître, c'est le fait matériel grâce à la puissance que la chose a en elle-même... Tant que le droit d'accession restera ainsi ignoré, ses effets seront en sommeil, en puissance, et nous pouvons dire que le droit d'accession est à l'état *virtuel*. Au contraire, dès l'instant où l'une ou l'autre des parties intéressées s'apercevra que l'état nouveau a créé un rapport de droit, un conflit juridique est possible, le droit d'accession devenant *actuel*, c'est-à-dire en état de réalisation...³⁴ ». Ainsi s'expliquerait le rôle de la volonté admis par l'article 555 : La volonté n'intervient pas dans « l'accession à l'état virtuel³⁵ », elle déclenche au contraire la deuxième phase : « Pour que le droit d'accession se manifeste extérieurement, pour qu'il soit connu, il faut qu'une des parties intéressées dénonce ce droit. Cette dénonciation ne peut être qu'une manifestation de volonté...³⁶ ».

192. — Cette solution est ingénieuse, mais peu convaincante.

— Le droit à l'état virtuel est, dans cette conception, sans effets pratiques : jusqu'à la manifestation de volonté de la part du propriétaire du sol, c'est le constructeur seul qui est maître de la construction³⁷. Le système revient alors à celui de l'accession dif-

34. J. Brissé Saint-Macary, thèse, p. 43.

Un système voisin avait été soutenu par F. Grivel (« des constructions élevées sur le terrain d'autrui et des droits qui en naissent dans le droit romain et dans le droit français », thèse, Paris, 1871) :

« C'est la puissance de la chose principale, absorbant la chose accessoire qui rend propriétaire en matière d'accession, sans qu'il soit besoin d'aucune manifestation de volonté. Ce n'est pas par mon fait que je deviens propriétaire de la construction bâtie, sur mon fonds, par un tiers ; c'est mon sol qui, *vi ac potestate sua*, acquiert, pour moi, cette construction » (p. 89-90). Mais « il faut reconnaître qu'avant qu'il ait manifesté l'intention d'user de son droit d'accession le droit de propriété du propriétaire du sol sur la construction est incertain et précaire ; ce droit de propriété peut très bien lui échapper : en effet... tout constructeur a, en général, le droit de détruire ce qu'il a édifié, avant toute réclamation de la part du propriétaire du sol, à la condition de remettre les lieux dans l'état où ils étaient avant la création de la construction. Mais, lorsque le propriétaire du sol a déclaré qu'il entendait conserver les constructions qu'un tiers a créées sur son fonds, son droit est, au contraire, certain et stable, d'incertain et précaire qu'il était auparavant. C'est désormais un *vrai droit de propriété* qu'il a sur la construction élevée par autrui... » (p. 93-94).

35. J. Brissé Saint-Macary, thèse, p. 45 s.

36. *Ibid.*, p. 51-52.

37. C'est ce que semble admettre M. Brissé Saint-Macary qui soutient que le constructeur peut démolir l'édifice avant que le propriétaire du sol n'ait manifesté sa volonté de conserver la construction : « L'accession ne produisant ses effets qu'à partir du moment où le propriétaire du sol bâti par erreur s'est fait connaître et n'ayant aucun effet rétroactif sur les faits antérieurs d'accession, ne peut, dans ces conditions, n'avoir lieu que tout et autant qu'il existera, au moment du litige, un fait d'accession, c'est-à-dire une construction » (thèse, p. 96). Il est

férée, dans lequel l'acquisition de la construction suppose réunies deux conditions : l'incorporation au sol et une déclaration de volonté du propriétaire. Dire que, lorsque la première condition est seule remplie, le droit existe à l'état virtuel, ne change rien à la situation pratique : l'accession ne joue effectivement que lorsque le propriétaire du sol en a exprimé la volonté.

— D'ailleurs, comment expliquer que c'est une option entre l'acquisition et la démolition aux frais du constructeur qui est offerte au propriétaire du fonds ? On peut concevoir que le droit apparaisse, sans rétroactivité, seulement lorsque, le propriétaire du sol s'avisant des faits, le conflit pourrait apparaître entre le possesseur et le propriétaire. Mais, dès que ce dernier se manifeste, l'accession devrait se réaliser. Si le propriétaire peut décider de faire démolir, n'est-ce pas lui permettre de refuser le bénéfice de l'accession ? Sa déclaration de volonté n'a donc pas pour seul effet de déterminer le *moment* où joue l'accession, mais apparaît bien comme une condition *nécessaire à l'existence* même du droit, ce qui est contradictoire avec la théorie de l'accession jouant automatiquement.

193. — Pour échapper à la contradiction, il faut s'engager dans un système subtil, intégrant le droit de faire démolir dans l'accession elle-même : « Le droit conféré par l'accession est non un droit de propriété, mais seulement une faculté d'utilisation, de disposition du bien incorporé. Si le propriétaire du sol peut disposer de la construction cela suppose parfaitement qu'il peut s'en servir ou s'en défaire si elle lui est inutile ³⁸ ». Ainsi l'accession n'attribue pas directement au maître du sol la propriété des constructions. Elle confère sur le bien incorporé des prérogatives, parmi lesquelles figurent le droit de faire démolir et le droit d'acquérir la propriété : « L'accession n'est pas directement mais peut être indirectement un moyen d'acquisition de la propriété ³⁹ »... « Le droit d'accession n'engendre pas, dès sa création au profit de son bénéficiaire, un véritable droit de propriété, mais seulement une faculté d'utilisation, qui pourra se transformer en une acquisition de propriété après la manifestation de volonté des parties ⁴⁰ ».

vrai que sa position n'est pas exempte d'ambiguïté. Soucieux de maintenir le système du jeu immédiat de l'accession, déclenché par le fait de l'incorporation, il affirme aussi : « Par la fiction juridique de la disparition de l'individualité du bien incorporable, le constructeur perd toutes ses prérogatives de disposition sur son bien, mais cependant il continue à posséder un droit abstrait sans prérogative sur son bien » (thèse, p. 69-70). Comment soutenir que le constructeur a un droit abstrait sans prérogative aucune, alors qu'il peut démolir la construction ? La destruction du bien n'est-elle pas l'acte de disposition le plus typique, l'*abusus* absolu ?

38. J. Brissé Saint-Macary, thèse, p. 90.

39. *Ibid.*, p. 70.

40. *Ibid.*, p. 59.

Mais ces détours sont purement logomachiques. De deux choses l'une en effet : — ou la « faculté d'utilisation et de disposition » conférée au propriétaire du sol se résume en un droit de faire démolir la construction ou d'en acquérir la propriété, et on se borne à reproduire l'article 555 sans aucunement l'expliquer, en exposant seulement que le régime qu'il introduit est un cas d'accession, ce dont on pouvait se douter sans peine étant donné la classification de ce texte dans le Code civil, — ou la « faculté d'utilisation et de disposition » est prise avec le sens qu'ont habituellement ces termes, ce qui signifie que le propriétaire du fonds a acquis, dès l'incorporation de la construction au sol, l'*usus*, *fructus* et *abusus* sur la construction, c'est-à-dire, a acquis *directement* la propriété.

On se retrouve donc exactement au point de départ : il semble y avoir contradiction entre l'option ouverte au propriétaire du sol par l'article 555 et le principe de l'acquisition immédiate « *vi ac potestate rei* ». Bien que le système ait été soutenu apparemment sans gêne⁴¹, la contradiction est irréductible si l'on considère que « le propriétaire, quand il oblige le tiers possesseur de mauvaise foi à démolir, répudie toute propriété de la construction. Il ne résout pas une propriété antérieurement établie⁴² ». C'est admettre qu'il n'était pas devenu propriétaire lors de l'incorporation de la construction au fonds. On ne résout pas la difficulté en voyant dans le parti pris de faire démolir l'édifice une renonciation, peut-être rétroactive, au bénéfice de l'accession : « S'il abandonne son droit d'accession sur l'immeuble, il n'a plus aucun pouvoir sur ce bien ; comment pourrait-il exiger alors l'exécution de cette prérogative particulièrement sévère de faire détruire⁴³ ? »

194. — L'explication la plus simple permettant de rendre compte du droit accordé au propriétaire du sol par l'article 555 de faire démolir la construction, tout en maintenant le principe de l'accession immédiate, effet automatique de l'incorporation du bâtiment au terrain, consiste à voir dans la faculté de faire détruire l'édifice, non une alternative à l'acquisition de la propriété, mais *un effet* de celle-ci.

b) La dissociation entre l'acquisition de la propriété et le règlement des rapports personnels entre les parties.

Le propriétaire du fonds est devenu automatiquement propriétaire de la construction dès son érection. Comme tout propriétaire, il a le droit de disposer du bâtiment. Il peut le démolir. Normale-

41. Larcher, *Traité théorique et pratique des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, thèse, Nancy, 1894, n° 31. — F. Grivel, thèse, p. 88.

42. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, n° 688.

43. J. Brissé Saint-Macary, thèse, p. 89.

ment, s'il en décide ainsi, il devrait le faire à ses frais. Mais, tout le monde le reconnaît, la solution peut être choquante lorsque le constructeur était de mauvaise foi : Le propriétaire qui n'a rien fait pour que joue l'accession serait obligé de payer pour retrouver son terrain dans l'état où il avait décidé qu'il devait être, tandis que le constructeur, qui savait construire sur un terrain qui ne lui appartenait pas, a commis une faute en édifiant un bâtiment inutile⁴⁴.

« L'intérêt même de la société exige que ce constructeur de mauvaise foi, qui a bouleversé la propriété d'autrui, subisse une peine rigoureuse, et, en quelque sorte, exemplaire, en rétablissant les choses telles qu'il les avait trouvées⁴⁵ ». Le droit de faire démolir, inscrit à l'article 555 se justifie alors à titre de sanction de la mauvaise foi du constructeur⁴⁶.

La même peine ne peut être infligée au constructeur de bonne foi, dont l'éventuelle imprudence à ne pas s'être assez bien renseigné sur le véritable statut du terrain sur lequel il a bâti, est assez sanctionnée par l'obligation de délaisser la construction. Ainsi s'explique la différence introduite par l'article 555 entre le possesseur de bonne et de mauvaise foi.

Cette solution permet de maintenir dans toute sa force le principe de l'accession immédiate due au fait matériel de l'incorporation : l'article 555, en réalité, « ne tranche pas une question de propriété, celle-ci est réglée par les articles 551 et 552, mais seulement d'indemnité d'après les principes de l'enrichissement sans cause⁴⁷ ». Le texte ne traite que des conséquences de l'accession au moment où se règlent les rapports des parties. Le droit du propriétaire d'imposer au constructeur de mauvaise foi les frais de la démolition est un mode de règlement de ces rapports au même titre que le droit du constructeur à une indemnité si le propriétaire conserve les ouvrages. L'article 555 ne confère pas au propriétaire du sol le choix d'acquérir ou non la propriété par accession, mais un droit *personnel* de faire enlever la construction⁴⁸, alors qu'il en est déjà devenu propriétaire.

Outre que cette interprétation concilie harmonieusement l'économie de l'article 555, y compris la distinction entre constructeurs de bonne et de mauvaise foi, avec la théorie générale de l'accession, elle paraît la plus conforme aux termes mêmes de l'article 555 qui permet au propriétaire de « conserver » la construction, ce qui suppose qu'elle se trouve déjà dans son patrimoine par le jeu de l'accession, et que s'il ne décide pas de la « conserver », c'est bien *sa chose* qu'il fait démolir aux frais d'un autre⁴⁹.

44. Cf. le rapport de Portalis au Conseil d'Etat, Fenet, XI, p. 127, Locré, VIII, p. 163.

45. E.-P. Henry, thèse, p. 95.

46. H. Aberkane, thèse, n° 151.

47. M. Fréjaville, note sous Aix, 3 janvier 1952, *J.P.C.*, 1952, II, 6908.

48. M. F. Maroi, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1930, p. 495.

49. *Ibid.*

De plus, cette conception offre l'avantage pratique de la netteté. La propriété des constructions ne doit pas, en effet, rester en suspens en attendant la décision du bénéficiaire de l'accession⁵⁰.

La volonté ne joue donc aucun rôle dans le mécanisme de l'acquisition de la propriété par voie d'accession, du moins lorsqu'aucun contrat ne lie le propriétaire du fonds et le constructeur. Beaucoup plus d'hésitations se manifestent lorsqu'un accord de volontés préside aux rapports des parties et constitue un cadre général où se meut la théorie de l'accession.

B. — En présence d'un bail

195. — On a beaucoup discuté le point de savoir si le locataire pouvait être considéré comme un « tiers » au sens de l'article 555⁵¹. Une partie importante de la doctrine conteste vigoureusement que ce texte soit applicable lorsque le propriétaire du sol et le constructeur sont unis par un bail.

Il est inutile de reprendre cette controverse, car, en droit positif, l'application de l'article 555 à cette situation ne fait aucun doute. Depuis longtemps, « c'est une question qui ne se discute plus devant les tribunaux⁵² ».

Le locataire qui édifie des ouvrages sur un terrain qu'il a pris à bail, construit sur le sol d'autrui. D'où le jeu de l'accession au profit du bailleur, propriétaire du sol. De plus, par hypothèse, le preneur sait parfaitement que le fonds ne lui appartient pas. Il est donc, au sens de l'article 555, un constructeur de mauvaise foi⁵³. Par conséquent, le bailleur jouit de l'option prévue par le texte dans ce cas.

196. — Il est certain que l'article 555 ne vise pas exactement l'hypothèse. En réalité, le texte règle « la situation du possesseur-constructeur évincé par le propriétaire du fonds triomphant dans son action en revendication⁵⁴ »... La revendication est sous-jacente au système de l'article 555⁵⁵. Dans ce même cas, le propriétaire du sol et le constructeur ne sont en relation *qu'à un seul moment* et c'est là que se règlent tous leurs rapports. C'est en même temps qu'il récupère le sol que le propriétaire exerce son option, s'il y a

50. *Ibid.*

51. Pour un exposé de la discussion cf. P. Levie, thèse, n° 8, J.-P. Delmas Saint-Hilaire, « De l'application de l'art. 555 du Code civil dans les rapports des personnes qu'unit un lien d'obligation », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1959, p. 411 et suiv.

52. P. Esmein, note sous Req., 28 novembre 1922, *S.*, 1923, 1, 121.

53. Chambéry, 17 mai 1898, *D.P.*, 1900, 2, 278. — Amiens, 5 janvier 1900, *Rec. Amiens*, 1900, 50, *G.P.*, tables, 1897-1902, p. 350, n°s 143 à 146. — Oran, 21 janvier 1960, *Rev. Loyers*, 1962, 138. — Colmar, 13 janvier 1966, *J.C.P.*, 1967, II, 14971, note Wiederkehr.

54. P. Lévie, thèse, n° 1.

55. De Page, VI, n° 69.

lieu. Reconnaître que l'accession joue immédiatement dès l'incorporation, ne fait guère de difficultés ; la construction suit exactement le sort du fonds. Le succès de la revendication a démontré que le constructeur n'avait jamais eu de droits, ni sur le sol, ni sur l'édifice ; il n'en avait que la possession. Seule pourrait éventuellement intervenir la théorie de l'apparence pour protéger les tiers.

Mais lorsque le constructeur occupe le terrain en vertu d'un bail concédé par le propriétaire, les rapports des parties ne se résolvent pas en un instant. Si bien que l'application pure et simple des principes qui peuvent fonctionner facilement dans le cadre de la revendication est beaucoup moins satisfaisante. On s'en aperçoit aussi bien lorsqu'on envisage le droit du bailleur de faire démolir l'édifice que lorsqu'on considère les droits du preneur sur le bâtiment qui, dès qu'il existe et tant qu'il existe, est censé appartenir au bailleur.

a) L'option du bailleur.

197. — Dès l'incorporation, qui fait de la construction un accessoire du sol, le bailleur est propriétaire de l'ouvrage par voie d'accession⁵⁶. Il doit disposer de l'option prévue par l'article 555. Mais quand doit-il l'exercer ?

On peut concevoir qu'il doive manifester sa décision dès qu'il est averti de l'existence de la construction sur le fonds. Il pourrait donc contraindre son locataire à démolir immédiatement mais devrait l'indemniser au cas où il déciderait de conserver l'édifice.

Cette solution est anti-économique. Pendant la durée du bail, c'est le preneur qui exploite le sol et en tire les utilités qu'il comporte. Il est regrettable que le propriétaire, dont le rôle est économiquement passif, puisse paralyser l'aménagement du fonds qui serait souhaitable en vue d'une meilleure exploitation. Sans doute, le propriétaire du terrain loué conserve-t-il un droit de regard sur l'utilisation de son bien dont le preneur s'est engagé à jouir en bon père de famille. Mais peut-on dire que le fait d'élever une construction constitue automatiquement un manquement à cette obligation ?

Il faudrait, au moins, parmi les innovations du locataire, distinguer celles qui ne changent pas la destination de la chose, de celles qui constituent réellement un abus de jouissance⁵⁷. Mais, en principe, c'est le bailleur qui est juge. Or, il est à craindre que son appréciation soit faussée s'il doit exercer l'option de l'article 555 en

56. T. civ. Seine, 17 février 1870, *P.*, 1871, 566. — Paris, 18 décembre 1871, *P.*, 1872, 772. — Req., 27 mai 1873, *S.*, 1873, I, 374 ; *P.*, 1873, 631, rapport Dagallier. — Paris, 4 novembre 1886, *D.P.*, 1888, 2, 4. — Nancy, 2 mars 1889, *P.*, 1890, I, 700. — Req., 16 juillet 1890, *D.P.*, 1891, I, 49, note Planiol. — Cass., 14 décembre 1921, *G.P.*, 1922, I, 171, *D.P.*, 1925, I, 111. — T. civ. Seine, 13 juillet 1944, *D.C.*, 1944, 173, note H. Lalou.

57. Note anonyme sous Req., 8 mai 1877, *P.*, 1877, 766.

Planiol, note sous Paris, 8 février 1892, *D.P.*, 1892, 2, 409.

cours de bail : si le propriétaire décide de conserver les ouvrages, il doit indemniser le constructeur. S'il ne dispose pas de fonds à ce moment, il fera détruire les bâtiments, alors peut-être que le bail est d'une assez longue durée pour que le preneur ait le temps d'amortir les constructions même s'il doit les démolir à sa sortie des lieux.

198. — Aussi est-il assez fréquent qu'une clause du contrat de bail écarte le droit du propriétaire d'exiger immédiatement la démolition. Il a aussi été proposé de retirer au bailleur le droit de faire détruire l'édifice en cours de bail même en l'absence de prévisions contractuelles à ce sujet. Le raisonnement tient en deux points⁵⁸.

— Le preneur tire du bail un droit de jouissance qui lui confère une large indépendance. Le bailleur, tenu de faire jouir le locataire paisiblement, en vertu de l'article 1719, ne peut le critiquer d'avoir construit de son propre mouvement.

— Si, en principe, toute modification par le preneur de la forme de la chose louée est interdite, « cette interdiction n'est faite que dans la mesure où le changement ne peut être supprimé au départ des lieux⁵⁹ ».

Cette conception est peut-être discutable⁶⁰. En tout cas, en jurisprudence, il n'a pratiquement jamais été question que le bailleur exerce son option avant l'expiration du contrat de location. Il est vrai que si quelques décisions présentent la solution comme allant de soi⁶¹, beaucoup plus nombreuses sont celles qui relèvent l'existence d'une clause reportant à la fin du bail le règlement des rapports entre les parties issues du fait de la construction.

De toutes façons, une telle solution n'est pas incompatible avec le jeu automatique et immédiat de l'accession⁶². Elle revient en effet seulement à repousser à la fin du bail l'exercice de l'option du propriétaire du sol. Mais il est parfaitement possible de dissocier la question d'acquisition de la propriété de l'option du bénéficiaire de l'accession. Ce droit de faire démolir ou de conserver les constructions n'est qu'un mode de règlement des rapports entre constructeur et propriétaire et ce règlement peut intervenir bien après que l'accession ait joué. On l'admet dans le cas de la revendication. La seule différence est qu'ici, en raison du bail, les relations entre propriétaire et constructeur ne sont pas immédiatement réglées dès

58. R. Saint-Alary, « Les constructions, plantations et ouvrages faits par le preneur sur les lieux loués », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1947, p. 268.

59. *Ibid.*

60. A. Wahl, note sous Angers, 6 juin 1894, *S.*, 1896, 2, 25. — J.-P. Delmas Saint-Hilaire, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1959, p. 411 s.

61. Cf. par exemple : 1^{re} Civ., 7 mars 1955, *J.C.P.*, 1956, II, 9053, note A. Weill et J. Becqué.

62. Cf. J.-P. Delmas Saint-Hilaire, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1959, p. 411 s.

que le propriétaire a connaissance de la construction. Cette circonstance n'est pas un obstacle. On peut d'ailleurs ajouter que cette solution est en conformité avec l'article 555 lui-même, qui place la liquidation des rapports des parties au moment où le propriétaire recouvre la détention du terrain. Ce moment se situe ici à la fin du bail.

199. — Même si l'option du propriétaire ne s'exerce qu'à la fin du bail, la situation du locataire est encore très défavorable et cette sévérité se justifie mal. Le bailleur pourra toujours contraindre le preneur à démolir l'édifice à sa sortie des lieux. Solution d'autant plus incontestable que le preneur est tenu, en vertu de l'article 1730, de « rendre la chose telle qu'il l'a reçue ». Cette menace est une arme suffisante pour amener le locataire à consentir aux clauses, fréquemment insérées aux contrats, qui prévoient que les constructions demeureront au bailleur sans aucune indemnité. Le système de l'art. 555 est alors dévié : le texte sanctionne de l'obligation de démolir le fait d'avoir élevé une construction que le propriétaire considère inutile. Mais si la construction est conforme à la destination des lieux, ce que prouve la décision du bailleur de la conserver, le constructeur doit être indemnisé. Il s'est en quelque sorte comporté comme un gérant d'affaires⁶³ et il n'y a pas de raison de faire montre envers lui d'une rigueur que ne justifie plus l'atteinte aux droits du propriétaire.

D'ailleurs le droit de faire démolir la construction s'explique assez mal dans le cadre du bail.

Si l'on admet que l'accession joue immédiatement du fait de l'incorporation de l'ouvrage au sol, l'obligation imposée au constructeur de détruire à ses frais un édifice appartenant au propriétaire du sol est une sanction de *l'emprise* exercée par le possesseur de mauvaise foi. Or, la plupart du temps, les travaux effectués par un locataire ont lieu au vu et au su du bailleur, parfois avec son accord. Il serait bien sévère de brandir encore contre le preneur les foudres de l'obligation de démolir pour le punir de son « agression » !

200. — Aussi, un important assouplissement consiste-t-il à assimiler le locataire qui a construit avec le consentement du propriétaire à un constructeur de bonne foi. Il n'est alors plus question de démolition. Certaines décisions ont considéré que le preneur était réellement de bonne foi et qu'il fallait lui appliquer directement l'article 555, alinéa 4⁶⁴. C'est là un abus de langage, car, même auto-

63. Req., 16 juillet 1890, *D.P.*, 1891, I, 49, note Planiol.

64. Dijon, 23 janvier 1874, *P.*, 1874, 361. — Pau, 29 novembre 1874, *P.*, 1875, 82. — Agen 3 mars 1902, *D.P.*, 1902, 2, 241 note Colin. (Ces arrêts étant intervenus en présence de conventions ne constituant pas de véritables baux.) — T. Civ., Meaux, 23 janvier 1952, *G.P.*, tables 1950-1955, p. 237, n^{os} 78 s.

risé à construire, le locataire sait toujours qu'il bâtit sur un sol qui ne lui appartient pas⁶⁵. Faut-il alors autoriser le bailleur à exiger la démolition d'une construction qu'il avait autorisée⁶⁶? Ce serait excessif, si le consentement donné par le propriétaire peut être interprété comme une renonciation au droit de faire enlever les constructions en fin de bail⁶⁷. Ce qui permet de dire que dans ce cas le preneur est dans une situation *comparable* à celle du constructeur de bonne foi⁶⁸.

Tout repose sur la volonté du bailleur et l'assouplissement ainsi apporté au jeu de l'accession est bien aléatoire. Une extension de la solution serait concevable au cas où les ouvrages auraient été édifiés au vu et au su du propriétaire⁶⁹. Mais la Cour de cassation ne permet pas de déduire le consentement du bailleur de sa simple connaissance de la construction⁷⁰. Il est en effet difficile de déduire une renonciation à la faculté de démolition de l'attitude du bailleur qui se contente de laisser le preneur jouir du fonds en toute indépendance.

C'est donc essentiellement de l'accord des parties, corrigeant l'article 555, que dépend le bon fonctionnement de l'option du propriétaire. C'est l'indice que le texte est mal adapté à la situation. Cette constatation tendrait seulement à critiquer l'application de l'article 555 à l'hypothèse du bail sans remettre en cause le principe de l'acquisition automatique de la propriété dès l'incorporation de la construction au sol, si elle ne rencontrait les critiques que suscite le jeu immédiat de l'accession lorsqu'on envisage les droits du preneur sur la construction en cours de bail.

b) Les droits du preneur sur la construction en cours de bail.

201. — Lorsque le constructeur est un possesseur, il se comporte en propriétaire sur le sol comme sur la construction. Lorsqu'il est locataire, il n'a qu'une créance contre le propriétaire afin de jouir du fonds. Il a le même droit à l'égard de la construction qu'il élève sur le terrain loué⁷¹. Ce droit s'expliquerait aisément si l'on

65. Com., 1^{er} mars 1960, *Bull.*, 1960, III, n° 90, p. 81.

66. En ce sens : Chambéry, 17 mai 1898, *D.P.*, 1900, 2, 278. — Oran, 21 janvier 1960, *Rev. Loyers*, 1962, 138.

67. Cass., 22 janvier 1894, *S.*, 1894, I, 264.

68. Req., 15 juillet 1912, *D.P.*, 1914, I, 28, note F.P. — Req., 25 octobre 1921, *D.P.*, 1922, I, 55. — Civ., 7 mars 1955, *D.*, 1955, 590, note R. Saint-Alary ; *J.C.P.*, 1956, II, 9053, note A. Weill et J. Becqué. — Civ., 25 juillet 1950, *Bull.*, 1950, I, n° 176, p. 133.

69. Paris, 9 octobre 1929, *D.H.*, 1929, 561.

70. Civ., 25 avril 1934, *S.*, 1934, I, 376. — 1^{re} Civ., 7 mars 1955, *J.C.P.*, 1956, II, 9053, note A. Weill et J. Becqué. — 1^{re} Civ., 15 juillet 1959, *Bull.*, 1959, I, n° 356, p. 297.

71. T. Civ. Seine, 17 février 1870, *P.*, 1871, 566. — Paris, 18 décembre 1871, *P.*, 1872, 772. — Req., 27 mai 1873, *P.*, 1873, 631, rapport Dagallier, *S.*, 1873, I, 374. — T. civ. Seine, 13 juillet 1944, *D.C.*, 1944, 173, note H. Lalou.

pouvait considérer que l'édifice s'identifie au sol : la chose louée se serait seulement accrue. Mais doit-on encore admettre la même solution si l'on reconnaît que la construction est une chose distincte ?

Il semble qu'« aucun principe ne permet d'obliger le bailleur à donner à bail l'immeuble qui lui appartient ⁷² ». Mais, d'un autre côté, le preneur a droit à la jouissance du sol jusqu'à la fin du bail et ce serait l'en priver que de lui imposer l'utilisation par un autre du bâtiment occupant le terrain. Le conflit naît du rapport d'accessoire à principal entre la construction et le sol. D'où, tout naturellement, l'idée de le régler au moyen de la maxime *accessorium sequitur principale*. Il n'y a pas de difficultés si la règle de l'accessoire intervient comme principe d'interprétation de la volonté des parties. Mais il semble bien qu'il faut aller plus loin et qu'on n'admet pas que le bailleur puisse refuser l'extension du bail aux constructions. La maxime *accessorium sequitur principale* apparaît alors comme le *procédé technique* le plus adéquat pour résoudre la difficulté. C'est seulement à ce titre qu'elle peut intervenir car elle n'est pas, comme pour l'acquisition de la propriété, érigée en principe général.

202. — Même une fois le droit de jouissance du preneur admis, on n'échappe pas à certains inconvénients pratiques issus du jeu immédiat de l'accession :

— le preneur ne peut se faire des bâtiments qu'il a élevés à ses frais, des instruments de crédit : seul le bailleur peut les hypothéquer ;

— les créanciers du bailleur peuvent pratiquer sur les bâtiments édifiés par le preneur une saisie immobilière, alors que le propriétaire n'a peut-être pas encore exercé son option ⁷³ ;

— le propriétaire du sol devra payer l'impôt foncier sur les constructions ⁷⁴ alors qu'il n'en a pas la jouissance et ne les conservera peut-être pas ⁷⁵ ;

— c'est le propriétaire qui percevra les indemnités d'assurances si la construction est détruite par un incendie, même s'il n'a pas encore indemnisé lui-même le constructeur ⁷⁶ ;

— le locataire ne peut enlever les constructions sans détruire

72. A. Wahl, note sous Angers, 6 juin 1894, S., 1896, 2, 25.

73. Demolombe, IX, n° 168. — Guillouard, *Traité du contrat de louage*, I, nos 297-298.

74. Paris, 15 décembre 1865, P., 1866, 349. — T. paix Troyes, 9 décembre 1937, D.H., 1938, 112.

75. A. Wahl, note sous Civ., 19 juillet 1893, S., 1894, I, 241.

76. Pau, 23 novembre 1926, S., 1927, 2, 76. — Sauf à tenir compte au preneur de la jouissance dont il est privé : Civ. 9 avril 1930, S., 1930, 1, 219. — T. civ. Seine, 13 juillet 1944, D.C., 1944, 173, note H. Lalou. — A moins que le locataire ne soit présumé responsable de l'incendie : Req. 23 juin 1873, P., 1873, 218.

la chose d'autrui, ce qui est évidemment une gêne si les constructions ne sont plus utiles pour l'exploitation du fonds⁷⁷...

203. — Il est vrai qu'on a soutenu qu'il était possible d'échapper à cette dernière conséquence : l'indépendance du locataire doit lui permettre de jouir librement du terrain et de détruire des ouvrages qu'il a édifiés et qui ne lui conviennent plus. On ajoute que le propriétaire ne saurait s'en plaindre. Le preneur n'est tenu, d'après l'article 1730, que de restituer la chose telle qu'il l'avait reçue. Le bailleur n'éprouve donc, du fait de la démolition des constructions, aucun préjudice. « N'ayant point d'intérêt, il n'a pas d'action contre le constructeur, qui a le droit de détruire impunément ce qu'il a édifié, à ses frais et avec ses matériaux, car l'intérêt est la condition *sine qua non* de toute action⁷⁸ ».

L'argument ne porte pas. Si réellement le bailleur est propriétaire des constructions dès leur incorporation au sol, il a un intérêt certain à conserver cet accroissement de sa propriété. Il y a contradiction à ne reconnaître au locataire qu'une créance de jouissance contre le propriétaire et à lui accorder le droit de disposer du bâtiment.

On n'échappe pas à la contradiction en disant que l'article 555 ne traitant pas de l'acquisition de la propriété, mais seulement des questions d'indemnisation du constructeur, « il n'y a pas à tenir compte des enrichissements que le défendeur a pu procurer au demandeur, avant l'exercice de l'action et qui n'existent plus au moment où elle est intentée⁷⁹ ».

La question n'est pas là. S'il est bien évident que le locataire ne peut réclamer à la fin du bail une indemnité pour des ouvrages qu'il a lui-même fait disparaître, il n'en résulte pas qu'il avait le droit d'opérer cette destruction. Or précisément, si l'on dissocie l'acquisition de la propriété du règlement des rapports entre les parties, c'est pour expliquer que le bailleur devient immédiatement propriétaire des constructions. Que l'art. 555 n'intervienne qu'à la fin du bail n'y change rien si l'on admet que ce texte ne règle que la question d'indemnisation. Le preneur aurait donc détruit la chose d'autrui et on ne voit pas ce qui permet d'affirmer que « le droit au bail qui, par sa nature, est une atteinte au droit de propriété, comporte, outre le droit de jouir de la chose louée, celui de détruire

77. « ... Cela est fort injuste, car le preneur élève des constructions qui sont nécessaires à l'exercice de son industrie et qui rendent sa jouissance plus agréable et plus complète et il est difficile de comprendre que, ces constructions une fois élevées, il soit obligé d'attendre le consentement du bailleur pour y introduire les changements que les progrès de l'industrie lui imposent ou dont l'expérience lui démontre, au point de vue de l'agrément de sa jouissance, la nécessité. » (A. Wahl. S., 1896, 2, 26.)

78. F. Grivel, thèse, p. 117.

79. M. Fréjaville, note sous Aix, 3 janvier 1952, J.C.P., 1952, II, 6908.

les apports personnels effectués par le locataire, encore qu'ils deviennent dès leur incorporation la propriété du bailleur⁸⁰ ».

Dans la mesure où les arrêts ont pu admettre le droit du preneur de démolir les ouvrages qu'il avait édifiés, ils ont introduit une exception aux conséquences de l'accession immédiate, exception peut-être souhaitable en pratique, mais difficile à justifier en théorie⁸¹.

204. — Le véritable moyen d'échapper aux inconvénients de l'acquisition de la propriété des constructions dès leur incorporation au sol sans abandonner le principe lui-même est encore le recours à la convention.

Le bailleur peut, par une clause du contrat, *renoncer au bénéfice de l'accession* pour la durée du bail. Lorsqu'une telle stipulation existe, elle concerne non seulement le règlement des rapports entre les parties à l'occasion de la construction, qui se trouve reporté à l'expiration du bail, mais *l'acquisition de la propriété elle-même*. Par conséquent, dans une telle hypothèse, c'est le preneur qui est, durant le bail, propriétaire des ouvrages⁸².

Cette solution renverse naturellement toutes les conséquences qui découlaient, tant en droit civil qu'en droit fiscal, de la propriété du bailleur. Une telle situation est pratiquement préférable. Aussi, la clause de renonciation est-elle très répandue. D'autant plus que la jurisprudence a interprété comme valant une telle renonciation l'autorisation de construire donnée au preneur par le bailleur avec attribution des ouvrages à ce dernier en fin de bail sans indemnité ou moyennant une certaine indemnisation⁸³.

Cependant, le principe demeure l'acquisition immédiate de la propriété des constructions par le propriétaire du sol. L'accession différée n'est qu'une exception conventionnelle à ce principe. Aussi, la volonté du propriétaire doit-elle être exprimée et le seul fait que

80. *Ibid.*

81. *Infra*, nos 213, 214.

82. Rouen, 20 août 1859, *P.*, 1860, 585. — Cass., 7 avril 1862, *P.*, 1862, 997. — Paris, 30 mai 1864, *P.*, 1864, 1155. — Rouen, 26 août 1871, Nîmes, 3 janvier 1872 et Paris, 23 février 1872, *P.*, 1872, 772. — Paris, 9 août 1889, *D.P.*, 1890, 2, 119. — Bordeaux, 22 février 1894, *S.*, 1895, 2, 52. — Cass., 14 décembre 1921, *D.P.*, 1925, I, 111, *G.P.*, 1922, I, 171. — Req., 28 novembre 1922, *S.*, 1923, I, 121, note Esmein. — Paris, 17 janvier 1955, *D.*, 1955, 157. — T. civ. Seine, 14 février 1955, *D.*, 1956 somm. 18. — Lyon, 14 février 1955, *D.*, 1955, somm. 60. — 1^{re} Civ., 20 mai 1958, *Bull.*, 1958, I, n° 257, p. 202. — Soc., 6 février 1959, *Bull.*, 1959, IV, n° 193, p. 160. — Com., 19 juin 1961, *Bull.*, 1961, III, n° 274, p. 236. — Cf. aussi les arrêts cités aux notes suivantes.

83. Paris, 15 juillet 1872, *P.*, 1872, 772. — Poitiers, 6 mai 1891, *S.*, 1892, 2, 108. — Paris, 8 février 1892, *D.P.*, 1892, 2, 409, note Planiol. — Grenoble, 3 mars 1903, *S.*, 1905, 2, 230. — Civ., 26 juillet 1921, *D.P.*, 1925, I, 78. — Paris, 1^{er} février 1928, *D.P.*, 1929, 2, 16. — Contra : Besançon, 6 janvier 1961, *G.P.*, 1961, 2, tables v° propriété, p. 204, nos 4 à 7.

les constructions aient été édifiées au vu et au su du bailleur n'implique pas que celui-ci ait renoncé à son droit d'accession⁸⁴.

205. — L'admission de la renonciation, généralement limitée à la durée du bail, au jeu de l'accession au profit du bailleur revêt une grande importance.

L'idée d'une suspension volontaire de l'accession est peu compatible avec les conceptions qui expliquent la propriété du maître du sol sur les constructions par une « absorption » ou une « occupation réelle » des ouvrages par le sol lui-même. On cite souvent une remarque de Planiol : « Le droit d'accession n'est pas susceptible d'opérer à terme. C'est un phénomène naturel qui produit ses effets immédiatement... Le propriétaire du sol peut sans doute renoncer à ce bénéfice ; mais lorsqu'il y renonce, il perd l'occasion unique qu'il avait d'en jouir. Lorsque l'effet de l'accession a été écarté par convention, le propriétaire du sol ne peut plus devenir propriétaire des constructions et plantations que par l'effet d'une cession à lui consentie par leur auteur...⁸⁵ » On peut même aller plus loin : si réellement l'accession n'est pas, à proprement parler, une règle de droit, mais un « phénomène naturel », comment la volonté peut-elle faire que ce qui est n'existe pas ?

206. — Mais l'observation de Planiol souligne une difficulté qui se rencontre encore si l'on admet que l'acquisition des accessoires est un attribut de la propriété. On peut concevoir que le bailleur ait, par la clause de renonciation temporaire au bénéfice de l'accession, consenti, au profit du preneur, à un démembrement de son droit de propriété en lui transférant, pour un temps, le droit d'accession sur « ce qui s'unit et s'incorpore à la chose ». On connaît bien l'hypothèse symétrique de la concession d'un usufruit. Mais, si le droit d'accession est le droit de se dire propriétaire des accessoires, il semble que l'acquisition réalisée en vertu de ce droit soit définitive et que la reconstitution de la propriété, s'opérant en notre hypothèse à la fin du bail, ne produise effet que pour l'avenir, le propriétaire recouvrant le droit de se dire propriétaire des nouveaux accessoires qui pourraient venir se joindre à la chose, tandis que l'ex-preneur conserverait la propriété de ceux qui sont apparus pendant qu'il était titulaire du droit d'accession. On pourrait répondre que dans le cas, mieux connu, de l'usufruit, les fruits qui sont encore pendants à l'extinction de l'usufruit appartiennent au propriétaire (art. 585), ce qui prouve que la propriété des accessoires conférée par le droit d'accession n'est pas nécessairement définitive.

Cette explication paraît cependant bien contournée pour justifier le jeu différé de l'accession en cas de renonciation du bailleur à se prévaloir immédiatement de son droit. Il semblerait curieux que par

84. 1^{re} Civ., 15 juillet 1959, *Bull.*, 1959, I, n° 356, p. 297.

85. Note sous Paris, 8 février 1892, *D.P.*, 1892, 2, 409.

une clause *du bail*, le propriétaire accorde ainsi au preneur un *droit réel* démembre de sa propriété. Cette présentation des choses ne correspond d'ailleurs pas aux expressions employées en jurisprudence. D'après les tribunaux, il n'y a pas transfert d'un attribut de la propriété démembre au profit du preneur, mais bien renonciation temporaire au bénéfice de l'accession ; renonciation pure et simple et non transfert par contraction comme dans la renonciation *in favorem* à une succession. C'est parce que le droit d'accession disparaît provisoirement qu'il laisse place à la propriété du locataire-constructeur. Mais il est surprenant qu'un attribut de la propriété s'efface complètement pendant un temps ; c'est pourtant bien de cela qu'il s'agit et non du simple non-exercice du droit, puisqu'on pose que le jeu de l'accession est en principe automatique. Surtout, c'est admettre que dès que l'obstacle constitué par le droit d'accession du propriétaire du sol s'efface, c'est le constructeur qui, parce qu'il a édifié le bâtiment à ses frais et pour son propre compte, en est propriétaire. Ce qui suggère deux remarques : d'une part, cette vocation du constructeur à la propriété fait ressortir le conflit latent créé par l'implantation d'un bâtiment sur le sol d'autrui, conflit résolu par l'accession qui apparaît bien alors comme la généralisation d'un procédé de règlement de litiges entre deux droits concurrents. D'autre part, il suffit que le propriétaire du sol ne prétende pas exercer la plénitude de ses droits d'utilisation du terrain pour que le conflit ne naisse pas et que la propriété du constructeur soit viable.

La solution jurisprudentielle apparaît donc comme un intéressant retour aux sources du droit d'accession qui perd largement son caractère abstrait.

207. — Sans doute le système demeure-t-il théoriquement intact : il ne s'agit, après tout, que d'admettre une dérogation conventionnelle au principe de l'acquisition immédiate de la propriété. Mais ces clauses se sont répandues au point que cette exception a tendu à devenir pratiquement la règle. C'est encore une fois un signe de la mauvaise adaptation de la théorie de l'accession aux besoins concrets. Cette constatation est d'autant plus grave qu'ici ce ne sont pas les dispositions particulières de l'art. 555, droit de démolition, indemnisation... qui sont en cause, mais bien l'échafaudage théorique du droit d'accession tout entier. Il ne suffit pas, en effet, de soutenir que le locataire-constructeur n'est pas un « tiers » au sens de l'art. 555. Si le droit d'accession est un attribut de la propriété, il doit fonctionner automatiquement et entraîner la propriété des accessoires, *même si aucun texte du Code ne prévoit expressément l'hypothèse du bail*. Dire que ce système ne donne pas satisfaction à la pratique fait douter de la valeur de la théorie entière.

Il est peu douteux que ce soient ces clauses de « renonciation au jeu immédiat de l'accession » qui aient largement frayé la voie

à la conception qui, au schéma théorique qui se dégage du *plan* suivi par le Code civil, préfère une attitude pragmatique qui donne un tout autre éclairage de l'accession. Au lieu d'une consécration générale et de principe de la maxime *accessorium sequitur principale*, l'accession n'apparaît plus, dans cette optique, que comme un *regroupement de solutions concrètes* de litiges précis et si, dans certains cas, l'accessoire suit le sort du principal, ce n'est plus l'application du « droit d'accession », mais bien, comme l'entendaient les Romains, une solution particulière à un conflit déterminé : *accessio cedit principali*.

Sous-section 2. — L'accession, série de solutions pratiques.

208. — Le coin enfoncé dans la théorie de l'accession et qui l'a fait éclater est précisément la question du sort des constructions édifiées par un locataire sur le terrain loué. L'abandon en cette hypothèse du principe de l'acquisition immédiate de la propriété des accessoires conduit en effet à une interprétation de l'art. 555 qui fait de ce texte un cas particulier qui ne s'insère plus dans une systématisation d'ensemble de l'accession. Si ce point est admis, la théorie perd sa cohésion, le schéma abstrait se coupe de la réalité et il ne reste plus qu'une collection de règles pratiques où la maxime *accessorium sequitur principale* n'est plus le ciment assurant l'unité de la théorie, mais, plus modestement, un simple procédé technique parmi d'autres.

§ 1. — L'article 555 et l'accession différée.

209. — Il n'est pas étonnant que ce soit la question des constructions élevées par un preneur sur le terrain loué qui se trouve à la pointe de l'évolution de la conception de l'accession.

— D'une part, le bail réalise un cas d'occupation du fonds d'autrui beaucoup plus fréquent que les cas d'usurpation ou d'erreur quant à la propriété du sol. D'autant plus que les réformes de la publicité foncière tendent à clarifier la situation de la propriété immobilière et à prévenir la plupart des conflits à ce sujet.

— D'autre part, le cas du locataire-constructeur n'a pas été expressément réglé par le Code civil, ce qui laisse aux tribunaux une assez grande latitude pour adapter le régime de l'accession en ce domaine aux nécessités pratiques.

Or, le sens de l'évolution économique et sociale ne fait pas de doute, il n'est guère besoin d'y insister.

La construction de bâtiments apparaît comme un mode d'exploitation d'un fonds, économiquement et socialement souhaitable. Il convient de l'encourager. Les constructions représentent de plus une valeur considérable et si elles sont, par nature, accessoires du sol qui les supporte, il y a souvent, en ce qui les concerne, divorce

entre la maxime *accessorium sequitur principale* et l'adage *major pars trahit ad se minorem*.

D'un autre côté, il suffit de signaler le renforcement considérable des droits des preneurs, socialement dignes d'intérêt, politiquement forts, et, au moins en matière agricole et commerciale, économiquement actifs.

En face de ces tendances, la théorie de l'accession paraît aller à contre-courant : dès leur incorporation au sol, les constructions appartiennent au propriétaire du fonds, qui dispose de la prérogative, économiquement fâcheuse, d'obliger le preneur à les démolir, obligation qui fonctionne comme une sanction contre le constructeur de mauvaise foi. Cette défense exacerbée de la propriété foncière heurte directement la politique de consolidation des droits des preneurs. Or, l'atténuation de la rigueur de ce régime n'est possible que par le moyen des stipulations contractuelles. Le propriétaire les fait alors payer fort cher, en prévoyant notamment que lui reviendront en fin de bail, sans aucune indemnité, tous les travaux effectués par le locataire⁸⁶. Ainsi paradoxalement, l'effort d'assouplissement de la théorie de l'accession aboutit à favoriser un enrichissement excessif du propriétaire, ce qui, loin d'encourager le preneur à construire, risque de l'en dissuader, au détriment de la Société entière⁸⁷.

Pour échapper à ces contradictions, il fallait abandonner le principe de l'accession immédiate.

A. — L'apparition de la solution

210. — L'orientation du droit positif dans un sens favorable au preneur-constructeur est très nette.

— Le législateur est intervenu de façon fragmentaire en faveur de certaines catégories de preneurs, pour leur reconnaître un droit de construire et de planter sur le fonds loué.

L'ordonnance du 17 octobre 1945 (art. 850 C. rural) n'oblige le preneur rural qu'à notifier au propriétaire ses projets d'amélioration. Mais le consentement du bailleur n'est pas indispensable et l'autorisation du tribunal paritaire des baux ruraux peut y suppléer⁸⁸.

86. « Mettant à profit la puissance économique que leur confère la détention des moyens de production, les bailleurs ont réussi à obtenir de leurs locataires et fermiers qu'ils renoncent à tous leurs droits sur la construction... Le preneur continue à se trouver pris dans un étau, entre la menace de la démolition et la clause « sans indemnité en fin de bail »... » (R. Saint-Alary, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1947, p. 281.)

87. *Ibid.*, p. 264.

88. Sur cette disposition, v. le commentaire de M. R. Saint-Alary, article précité, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1947, p. 270 s. Sur ce point, la loi du 12 juillet 1967 a largement repris les solutions antérieures. V. le commentaire de MM. Ourliac et de Juglart, *J.C.P.*, 1967, I, 2124.

Une solution analogue est adoptée par la loi du 1^{er} juillet 1964 pour les baux d'hôtellerie. Le preneur qui veut procéder à l'aménagement de l'immeuble, ce qui peut comprendre l'édification d'ouvrages sur le fonds loué, ne peut en être empêché par le propriétaire. Il peut procéder de sa propre initiative aux simples améliorations et, pour les modifications plus graves de la chose louée, une notification préalable au bailleur suffit : à défaut d'accord, l'autorisation est donnée par une commission mixte, composée d'un nombre égal d'hôteliers et de propriétaires d'immeubles⁸⁹.

211. — La loi a aussi amélioré la situation des constructeurs quant à l'indemnité qui leur est due par le propriétaire bénéficiant de l'accession. Certaines mesures sont propres à certaines catégories de preneurs⁹⁰. Surtout, la loi du 17 mai 1960 modifiant l'art. 555 a instauré en faveur de tous les constructeurs, même non locataires, un système d'indemnisation plus équitable⁹¹.

Les correctifs partiels apportés par la loi au régime des constructions édifiées sur le terrain d'autrui sont donc nettement orientés dans le sens de l'amélioration de la situation du constructeur. Mais

89. V. un commentaire de cette loi par M. J. Brault, « Des règles nouvelles de l'accession dans les baux d'hôtellerie », *G.P.*, 1964, 2, doct. p. 30.

90. Pour le bail rural, cf. l'art. 848 du Code rural, modifié par la loi du 12 juillet 1967. Pour les baux d'hôtellerie, cf. art. 3 et 4 de la loi du 1^{er} juillet 1964.

91. Cf. les commentaires de cette loi par M. J. Viatte, *Journ. Not.*, 1960, art. 46186, p. 401, et M. J. Boutard, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1960, p. 549.

Paradoxalement, le Code civil faisait au propriétaire une situation meilleure quand il était en présence d'un constructeur de bonne foi que lorsqu'il devait une indemnité à un constructeur de mauvaise foi. A l'égard du premier, il avait le choix, soit de rembourser la valeur des matériaux et de la main-d'œuvre, soit de verser une somme correspondant à la plus-value créée par l'édification du bâtiment. A l'égard du second, il n'avait plus d'option et devait toujours rembourser le coût de la construction. Cette solution était choquante et encore plus choquant était le remède proposé : menaçant le constructeur de l'obliger à démolir, le propriétaire pouvait l'amener à se contenter d'une indemnité moindre. Cette sorte de « chantage » est, il est vrai, difficile à éviter. Mais la loi du 17 mai 1960 a, au moins, supprimé l'inélégance du système précédent, en prévoyant le même calcul de l'indemnité, que le constructeur soit de bonne ou de mauvaise foi : le propriétaire a toujours le choix entre rembourser le coût de la construction ou payer le montant de la plus-value acquise par le fonds. L'innovation sans doute la plus importante est que le coût des matériaux et le prix de la main-d'œuvre sont « estimés à la date du remboursement, compte tenu de l'état dans lequel se trouvent les constructions, plantations et ouvrages ». Le système du Code civil ne prévoyant pas de réduction de l'indemnité pour la vétusté des constructions aurait été plus favorable au constructeur si la dévaluation monétaire n'avait corrigé, et au-delà, cet avantage. Désormais, le propriétaire ne profite plus de la dépréciation de la monnaie et l'indemnisation du constructeur n'est, en fait, plus illusoire.

ces mesures sont encore parfaitement conciliables avec la théorie de l'accession immédiate par le seul fait de l'incorporation. Seuls, les rapports entre les parties sont aménagés. On peut dissocier le règlement de ces relations personnelles, de l'acquisition de la propriété des accessoires⁹².

C'est la jurisprudence, intervenue dans le cas des constructions élevées par un locataire sur le terrain loué, qui a franchi le pas décisif en écartant le système de l'accession immédiate.

212. — Il est assez délicat de tracer avec précision l'évolution d'une jurisprudence qui, en cette matière, s'est montrée souvent hésitante. D'autant plus que l'interprétation des clauses du bail relève du pouvoir souverain des juges du fond, ce qui rend difficile la progression d'une doctrine uniforme. On peut ainsi trouver les signes avant-coureurs des solutions actuelles dans des arrêts qui auraient passé, il y a peu, pour des décisions isolées, contraires à la jurisprudence dominante.

Néanmoins, il n'est pas douteux qu'un rôle déterminant a été joué par les arrêts qui ont admis la renonciation du bailleur au jeu immédiat de l'accession. Son application fréquente a habitué au fonctionnement de l'acquisition différée de la propriété. A tel point qu'on a pu dire : « Sinon en principe, du moins dans ses solutions pratiques, la jurisprudence ne connaît que l'accession facultative et différée⁹³. »

Or la renonciation du bailleur a été dénoncée comme « une invention gratuite, destinée à justifier la propriété du preneur⁹⁴ ». Ce détour a paru de plus en plus inutile et artificiel.

D'autant plus que la jurisprudence avait déjà admis, même en dehors de toute convention, que le preneur disposait au moins d'une prérogative de la propriété des constructions : le droit de les démolir lui-même.

213. — Il a d'abord été reconnu que le preneur pouvait, sans

92. Le législateur a directement envisagé le sort des constructions édifiées par le preneur, dans le bail à construction. (Loi du 16 décembre 1964. V. le commentaire de ce texte par M. R. Saint-Alary, *J.C.P.*, 1966, I, 1976.) Dans ce cas, le preneur a un droit réel immobilier sur le sol et il n'y a aucune difficulté à lui reconnaître la propriété des constructions jusqu'à la fin du bail. Au regard de la théorie générale de l'accession, on ne peut guère tirer d'indications de la réglementation du bail à construction. Sans doute, peut-on y voir la confirmation de l'intérêt que présente pour l'économie la reconnaissance au profit du preneur de la propriété des constructions qu'il édifie sur le terrain loué. Mais, dire que la même solution ne peut être admise en dehors du cas précis du bail à construction serait s'exposer à toutes les incertitudes du raisonnement *a contrario*. D'ailleurs, la jurisprudence consacrant le mécanisme de l'accession différée dans le bail « ordinaire » est antérieure à la loi du 16 décembre 1964 (cf. *infra*, n° 215).

93. P. Lévie, thèse, n° 38.

94. P. Esmein, *J.C.P.*, 1965, II, 14213.

restrictions, enlever les ouvrages qu'il avait lui-même incorporés au terrain loué⁹⁵. Mais, en même temps, la Cour de cassation posait le principe, qu'elle allait exprimer de plus en plus nettement, de l'accession immédiate au profit du bailleur⁹⁶. Logiquement, le propriétaire devrait pouvoir interdire au locataire de démolir les constructions. La Cour de Cassation l'a admis, du moins *au moment où le contrat de louage touche à sa fin*⁹⁷. Donc *a contrario*, jusqu'à ce moment, le preneur pouvait détruire les ouvrages. Cette « solution moyenne, vaguement inspirée de la théorie de l'abus du droit⁹⁸ » s'efforçait de concilier le principe de l'accession immédiate avec une assez large indépendance du preneur⁹⁹.

Mais cette conciliation était réalisée de curieuse façon. En principe, le droit de détruire une chose est une prérogative de la propriété. C'est d'ailleurs ce qu'avaient admis les premiers arrêts reconnaissant au preneur le droit de démolir les constructions qu'il avait édifiées sur le fonds loué. Ce droit y était présenté comme un corollaire du droit de propriété du constructeur sur les ouvrages. La Cour de cassation a d'abord en effet admis que les constructions appartenaient au locataire¹⁰⁰. Mais, très vite, le système de l'accession immédiate l'a emporté : la propriété de l'accessoire suit celle du principal. Dès lors, la logique aurait été d'interdire au preneur de détruire ce qu'il a construit¹⁰¹. Si la théorie de l'abus du droit avait pu intervenir, ç'aurait été pour sanctionner la défense de démolir faite malicieusement par le bailleur en début de bail. Or, c'est l'inverse qui était affirmé : *le principe* était que le preneur pouvait enlever les ouvrages, sauf à relever l'abus qu'il y aurait eu à le faire lorsque « le contrat touche à sa fin ».

214. — Est-ce à dire que cette solution impliquait que le preneur était propriétaire des ouvrages¹⁰² ? Cette conclusion serait, dit-

95. Cass., 22 novembre 1864, *S.*, 1865, I, 41 ; *P.*, 1865, 65. — Cass., 8 mai 1877, *S.*, 1877, I, 297 ; *D.P.*, 1877, I, 308 ; *P.*, 1877, 766. — T. civ. Draguignan, 17 mai 1910, *D.P.*, 1911, 2, 133.

96. Notamment : Req. 27 mai 1873, *P.*, 1873, 631, rapport Dagallier. — Civ., 14 décembre 1921, *G.P.*, 1922, I, 171 ; *D.P.*, 1925, I, 111.

97. Soc., 29 janvier 1954, *Bull.*, 1954, IV, n° 71, p. 53. — Soc., 22 mars 1957, *Bull.*, 1957, IV, n° 363, p. 256.

98. J.D. Bredin, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1963, p. 379.

99. « Les constructions élevées par le preneur sur le terrain loué appartiennent en principe au propriétaire du sol par voie d'accession, il s'ensuit que le preneur ne peut les enlever à l'expiration du bail si le bailleur lui a fait connaître son intention de les conserver moyennant indemnité. » (Soc., 31 juillet 1950, *Bull.*, 1950, III, n° 716, p. 480, *D.*, 1951, somm. 51).

100. Req. 13 février 1872, *S.*, 1872, I, 104 ; *P.*, 1872, 253, rapport Dumon. — Cass., 19 juin 1895, *S.*, 1896, I, 295.

101. Nancy, 2 mars 1889, *P.*, 1890, I, 700.

Peut-être aussi Soc., 12 février 1959 (*Bull.*, 1959, IV, n° 202, p. 167) qui ne précise pas si le bail touchait à sa fin.

102. En ce sens, P. Esmein, note sous Com., 23 mai 1964, *J.C.P.*, 1965, II, 14116.

on, excessive parce qu'elle « prend comme symbole de la propriété sa manifestation égoïste la moins respectable et la plus antiéconomique, l'activité destructrice, alors que toute l'évolution du droit en la matière prouve que ce qui, aujourd'hui, est déterminant, ce qui doit être pris en considération avant tout pour définir et reconnaître le véritable *dominus*, c'est l'activité créatrice dépensée, celle qui développe l'utilité de la chose et en accroît la productivité pour le plus grand bien de la collectivité¹⁰³ ».

Mais l'argument prouve trop : il conduirait à faire généralement de tout preneur exerçant une activité professionnelle, agricole ou commerciale, le véritable propriétaire. Si les droits de tels preneurs ont été renforcés au détriment des prérogatives du propriétaire, le droit positif n'en est encore pas à consacrer le transfert automatique de la propriété au profit de l'exploitant. Jusqu'à présent, la propriété se prouve par titre, par prescription, non par « l'activité créatrice dépensée » !

Ce qui est vrai, c'est que la propriété ne se résume pas dans le droit de détruire la chose et que la Cour de cassation n'a pas dit, en l'autorisant implicitement à démolir les constructions élevées par lui, que le preneur en était propriétaire. Mais il reste qu'une prérogative importante du droit de propriété était attribuée au constructeur jusqu'à une date proche de la fin du bail. Ceci montre que la Cour de cassation considérait qu'il était souhaitable de reporter à cette période les effets pratiques de l'accession. Il y avait là une exception aux conséquences de l'acquisition immédiate des constructions par le propriétaire du sol, difficile à justifier mais conforme aux besoins concrets.

La portée de la renonciation du bailleur au jeu de l'accession, le droit du preneur de démolir les ouvrages, rendaient très théorique l'acquisition immédiate de la propriété des accessoires du sol par le bailleur. Si bien que l'abandon de ce principe pouvait apparaître comme une simple « mise à jour » du droit de l'accession.

215. — Le système de l'accession différée, qui avait autrefois été consacré par la Cour de cassation elle-même, n'avait, à vrai dire, jamais cessé d'être soutenu¹⁰⁴. Il a fini par triompher à nouveau devant la Cour suprême.

La doctrine nouvelle ne ressortait encore pas très clairement d'un arrêt de la 1^{re} section de la Chambre civile, en date du 7 mars 1955¹⁰⁵. « Attendu, disait la Cour de cassation, que sauf convention réglant le sort des constructions édifiées par le preneur sur le fonds pris en location, le propriétaire du sol, peut, à l'expiration du

103. J.-P. Delmas Saint-Hilaire, article précité, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1959, p. 423.

104. Angers, 6 juin 1894, *S.*, 1896, 2, 25, note Wahl. — T. Civ. Vienne, 4 janvier 1923, *D.P.*, 1923, 2, 153. — Aix, 1^{er} mars 1923, *G.P.*, 1923, I, 641.

105. *J.C.P.*, 1956, II, 9053, note A. Weill et J. Becqué.

bail, conserver les ouvrages en vertu de son droit d'accession à charge de rembourser le coût de la main-d'œuvre et des matériaux... » L'interprétation la plus satisfaisante est bien que le jeu de l'accession est repoussé à la fin du bail et que le propriétaire du fonds n'acquiert les constructions qu'à ce moment. Mais on aurait pu encore soutenir que la Chambre civile n'avait eu en vue que le règlement des rapports entre les parties au sujet de l'édifice et que si le propriétaire du terrain pouvait « conserver » les ouvrages, c'est qu'il en était déjà propriétaire, dès leur incorporation au sol.

Plus net est un arrêt de la même Chambre du 25 janvier 1961¹⁰⁶. La Cour de cassation approuve les juges du fond qui, après avoir constaté que le bail avait pris fin et que le bailleur n'avait pas alors exigé la remise des lieux dans leur état primitif *en déduisent* que ce dernier était devenu propriétaire par voie d'accession des constructions édifiées antérieurement par ses locataires. C'est semble-t-il, marquer que l'acquisition de la propriété des ouvrages dépend de l'option du bailleur, option qui ne peut être exercée qu'à la fin du bail. Cette solution est importante car elle manifeste le refus de dissocier l'acquisition de la propriété du règlement des rapports des parties. Elle paraît bien faire de la décision du propriétaire du sol une condition de l'accession elle-même.

Le 11 décembre 1962, la Cour de cassation a rejeté un pourvoi formé contre un arrêt qui avait décidé que le bailleur ne pouvait au cours du bail se dire propriétaire par voie d'accession de constructions élevées par le locataire¹⁰⁷. L'espèce était intéressante car il n'était pas possible d'invoquer la moindre renonciation au jeu de l'accession de la part du propriétaire du terrain, car le bâtiment litigieux avait été élevé en contravention des clauses du bail. Malheureusement, le pourvoi, fondé sur une prétendue contradiction de motifs, n'ayant pas soulevé la question fondamentale, on ne peut rien tirer de l'arrêt de Cour de cassation, si ce n'est le regret de la Cour suprême que cette difficulté n'ait pas été soulevée devant elle¹⁰⁸. A défaut d'indiquer une solution, cet arrêt marquait que la Haute Juridiction ne considérait pas que la question était définitivement résolue¹⁰⁹.

Il n'a pas fallu attendre longtemps pour que, saisie cette fois directement de la question, la Cour de cassation soit à même d'exprimer sa position. Elle l'a fait sans ambiguïté aucune. Un preneur avait édifié des constructions sur un terrain qu'il avait loué nu. Les bâtiments ayant été détruits par fait de guerre, le bailleur, soutenant que son droit d'accession devait être reconnu « dès l'instant de l'édification des constructions », réclamait l'indemnité de dom-

106. *Bull.*, 1961, I, n° 65, p. 52.

107. *D.*, 1963, 131, note R. Lindon.

108. R. Lindon, note précitée.

109. « La Cour d'appel, dit la Cour de cassation, dont la thèse, *quel que soit son mérite* ne fait l'objet d'aucune contestation, n'a pas entaché sa décision de contradiction. »

mages de guerre. Sa prétention fut écartée par la Cour d'Aix et les motifs de l'arrêt par lequel la 1^{re} section de la Chambre civile a, le 1^{er} décembre 1964, rejeté le pourvoi contre cet arrêt, ont le ton de l'affirmation d'un principe : « Attendu que si, en l'absence d'accord des parties, le sort des constructions élevées par le preneur est réglé, à l'expiration du bail, par l'article 555, alinéas 1 et 2, du Code civil, le preneur reste propriétaire, pendant la durée de la location, des constructions qu'il a édifiées sur le terrain du bailleur ¹¹⁰... »

On peut discuter la portée de cette solution. Elle est, pour nous, considérable, car, intervenue en matière de bail, elle implique une prise de position au regard de la question des constructions sur le terrain d'autrui en général et, par voie de conséquence, au regard de la théorie de l'accession dans son ensemble.

B. — La portée de la solution

a) L'accession en fin de bail.

216. — La position actuelle de la Cour de cassation est claire en ce qui concerne les constructions élevées par un preneur : l'accession ne joue qu'à la fin de la location. La situation est donc celle que l'on rencontrait déjà lorsque le contrat comportait une clause de renonciation de la part du bailleur au jeu immédiat de l'accession : le preneur est propriétaire des bâtiments par lui édifiés, avec toutes les conséquences que cela comporte au point de vue civil et fiscal ¹¹¹.

Une difficulté demeure : que faut-il entendre par l'expiration du bail ? ¹¹². La question s'est déjà posée en présence des clauses prévoyant renonciation au jeu de l'accession jusqu'à la fin du contrat, soit lorsqu'il s'est agi de l'attribution d'une indemnité d'assurance à la suite de l'incendie ayant détruit les constructions et opéré résiliation du bail ¹¹³, soit en cas de droit du preneur au main-

110. *J.C.P.*, 1965, II, 14213, note P. Esmein. Plusieurs décisions ont ensuite fait application du même principe. Cf. Colmar, 4 mars 1966, *G.P.*, 1966, I, 315 ; 2^e Civ., 23 novembre 1966, *J.C.P.*, 1967, II, 15169, note J. Bigot ; Paris, 14 janvier 1967, *J.C.P.*, 1967, II, 15005, note J.A. ; 1^{re} Civ., 10 avril 1967, *J.C.P.*, 1967, II, 15123, note R.L.

111. Pour un exposé complet du régime de la propriété du constructeur, cf. P. Lévie, thèse, n^{os} 61 et suiv. et P. Esmein, note précitée.

112. J.D. Bredin, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1965, p. 373. Cette difficulté a été présentée comme un argument en faveur de la thèse de l'accession immédiate (M. Fréjaville, note sous Aix, 3 janvier 1952, *J.C.P.*, 1952, II, 6908).

113. En faveur de l'attribution de l'indemnité au preneur, la date prévue au contrat pour l'acquisition du bailleur n'étant pas encore arrivée :

Toulouse, 18 février 1885, *D.P.*, 1885, 2, 137. — Req., 5 juillet 1886, *D.P.*, 1887, I, 118. — Grenoble, 15 juillet 1896, *D.P.*, 1898, 2, 303. — T. civ. Chateaudun, 26 juillet 1933, *D.P.*, 1933, 2, 109, note H.L. — Paris, 2 février 1935, *D.H.*, 1935, 201. — En faveur de l'attribution de l'indem-

tien dans les lieux ou au renouvellement de la location. La date de l'« expiration du bail » doit-elle s'entendre de celle prévue initialement au contrat ?

La jurisprudence s'est montrée, jusqu'ici, favorable à cette solution¹¹⁴. Mais il n'est pas certain que cette position doive être maintenue. Ces arrêts sont intervenus en présence de clauses de renonciation à l'accession et le motif essentiel avancé est que le renouvellement du bail comme le maintien dans les lieux n'imposent pas la reconduction des pactes adjoints au contrat initial. Cette justification ne porte plus, dès lors qu'une dérogation conventionnelle au principe de l'accession immédiate n'est plus nécessaire pour que le preneur soit propriétaire des constructions¹¹⁵.

nité au bailleur : Paris, 17 janvier 1879, *D.P.*, 1880, I, 386. — Req., 24 novembre 1879, *D.P.*, 1880, I, 385. — Pau, 23 novembre 1926, *S.*, 1927, 2, 76. — Sauf en ce cas à tenir compte au preneur des frais exposés et de la jouissance dont il a été privé : T. civ. Seine, 13 juillet 1944, *D.C.*, 1944, 173, note H. Lalou. — Paris, 21 mai 1946, *D.*, 1946, 403, note H.L. — Civ., 9 avril 1930, *S.*, 1930, I, 219 (cassant l'arrêt de Pau précité). — Contra : Req., 23 juin 1873, *D.P.*, 1873, I, 218.

114. En cas de prorogation ou renouvellement d'un bail commercial, l'accession joue au profit du bailleur à l'expiration du bail primitif, ce qui permet de calculer le loyer dû après prorogation en tenant compte des constructions : Montpellier, 20 juin 1951, *D.*, 1951, 665. — Aix, 10 décembre 1951, *D.*, 1952, 240. — T. Civ. Boulogne-sur-Mer, 3 juillet 1952, *D.*, 1952 somm. 75. — Paris, 29 novembre 1954, *D.*, 1955, 1957. — Com., 28 mai 1957, *Bull.*, 1957, III, n° 175, p. 149. — Paris, 22 avril 1959, *D.*, 1959, somm. 85. — Com., 12 décembre 1960, *D.*, 1961, 93. — Com., 3 octobre 1961, *Bull.*, 1961, III, n° 338, p. 291. — Contra : Paris, 21 juillet 1953, *D.*, 1953, 669.

Dans les baux d'habitation, l'accession joue à la fin du contrat, lorsqu'y succède le maintien dans les lieux (Paris, 17 janvier 1955, *D.*, 1955, 157).

Il faut remarquer à ce sujet que l'augmentation de loyers devrait en bonne justice être subordonnée au paiement de l'indemnité de l'art. 555 par le bailleur. Il serait illogique que le preneur qui a investi un capital dont il n'est pas remboursé verse cependant les intérêts de ce capital sous forme d'augmentation de loyers (note R.L. sous Soc., 18 octobre 1962, *J.C.P.*, 1962, II, 12936).

115. Il est à remarquer qu'en matière rurale où le jeu de l'accession est largement organisé par la loi et non par la convention, les améliorations faites par le preneur ne sont pas prises en considération pour fixer les fermages du bail renouvelé (Soc., 24 janvier 1952, *D.*, 1952, 521, note R. Savatier ; Soc., 18 octobre 1962, *J.C.P.*, 1962, II, 12936, note R.L.).

On notera aussi que la loi du 1^{er} juillet 1964 sur les baux d'hôtellerie prévoit expressément que le bailleur ne peut, à l'occasion du renouvellement du bail, augmenter le loyer en raison des ouvrages faits par le preneur si douze années ne se sont pas écoulées depuis la construction.

Il est difficile de tirer de l'arrêt de la 1^{re} section civile du 11 décembre 1962 une indication en faveur du report de l'accession à l'expiration du maintien dans les lieux (en ce sens pourtant, cf. P. Esmein, *J.C.P.*, 1965, II, 14213) étant donné que l'arrêt ne s'est prononcé que sur une question de contrariété de motifs. Telle était en tout cas la thèse de l'arrêt de la Cour d'appel.

La solution doit, logiquement, dépendre du point de savoir si, au moment considéré, le bailleur peut ou non, manifester sa volonté quant au jeu de l'accession.

Car c'est bien ce qu'implique le système de l'accession différée : l'acquisition de la propriété des constructions n'a lieu que lorsque le propriétaire du sol exerce l'option que lui octroie l'art. 555 et l'existence du bail repousse le moment de ce choix à l'expiration du contrat.

On pourrait, il est vrai, réduire la portée de la jurisprudence de la Cour de cassation en la limitant au seul cas du bail. « Le libre exercice du droit de jouissance du preneur fait obstacle, au cours du bail, au droit d'accession du propriétaire de l'immeuble loué et ce droit ne peut être exercé, comme le droit de rétention, qu'à la fin du bail¹¹⁶. » Ainsi se justifierait l'attribution de la propriété des constructions au locataire. Mais la solution, propre au bail, n'impliquerait aucun changement à l'interprétation traditionnelle de l'art. 555¹¹⁷.

Si telle en était l'explication, la position actuelle de la Cour suprême serait extrêmement faible. « Car on ne voit guère quel motif de droit permet de faire ainsi reculer un droit de propriété devant un droit de jouissance¹¹⁸. » Comme la solution est cependant pratiquement heureuse, s'en tenir à cette explication conduit à critiquer la théorie de l'accession en général ou du moins son application en présence d'un contrat de bail¹¹⁹.

Mais on ne saisit pas pourquoi il faudrait voir une exception à l'art. 555 là où la Cour de cassation affirme appliquer ce texte. En réalité, c'est le principe même de l'accession-conséquence immédiate de l'incorporation qui est remis en cause dans le cas de constructions élevées sur le terrain d'autrui.

116. Aix, 1^{er} mars 1923, *G.P.*, 1923, I, 641 ; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1923, p. 790, obs. H. Solus ; *Rev. Crit. législ. et jur.*, 1915-1924, p. 265, obs. M. Picard.

117. « Puisque le locataire n'est contractuellement tenu à l'égard du propriétaire que de restituer les lieux dans l'état où il les a pris, on comprend que, dans cette hypothèse et à raison du contrat de bail qui liait les deux parties, les effets de l'accession soient reportée à la fin du bail. Cette considération est tout à fait étrangère au débat lorsqu'il n'existe pas un tel rapport contractuel entre constructeur et propriétaire du sol ; dans ce cas... l'accession, qui se justifie par la notion d'incorporation, doit se produire immédiatement, dès le moment de la construction. » (H. Solus, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1952, p. 244.)

118. J.D. Bredin, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1963, p. 379.

119. « Force est d'admettre qu'une exception, fondée en opportunité, arbitraire en droit, est apportée à l'effet immédiat du droit d'accession. Ceci confirme, mais il n'en était pas besoin, que la jurisprudence étendant aux rapports entre bailleur et locataire les effets de la théorie de l'accession a commis une erreur, fréquemment soulignée par la doctrine, et dont il lui faut réparer les inconvénients. » (J.D. Bredin, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1965, p. 374.)

b) L'interprétation de l'article 555.

217. — L'article 555 se place au moment du règlement des rapports entre propriétaire et constructeur. La clef de voûte de la conciliation de ce texte avec la théorie de l'accession immédiate réside dans la dissociation entre l'acquisition de la propriété et les obligations des parties. Le principe de l'accession proprement dite se trouverait dans les art. 551 et 552. L'art. 555 réglerait uniquement les relations personnelles entre constructeur et propriétaire, alors que la question de propriété des constructions serait déjà résolue. Or, dire que le preneur est propriétaire des ouvrages jusqu'à la fin du bail, est refuser cette dissociation. C'est considérer que le *seul* texte applicable est l'art. 555 et que ses dispositions concernent à la fois l'acquisition de la propriété et les rapports des parties.

Les prémisses de cette conception peuvent être trouvées dans l'interprétation de la clause autorisant le preneur à construire, assortie d'une attribution des constructions au bailleur sans indemnité ou moyennant une indemnité forfaitaire, comme constituant une renonciation au bénéfice de l'accession. Il aurait été parfaitement possible d'y voir un simple règlement conventionnel des rapports personnels entre les parties, ne portant pas atteinte à l'acquisition de la propriété elle-même. Les arrêts ont considéré, nous l'avons vu, que la clause concernait l'accession prise en bloc¹²⁰. En décidant que des stipulations dérogeant à l'art. 555 modifiaient la date de l'acquisition de la propriété, la jurisprudence tendait à faire de l'art. 555 un texte *autonome*.

Ce qui n'était qu'une tendance est maintenant un principe : l'article 555 seul peut être invoqué pour régler dans son ensemble la situation issue du fait de la construction sur le terrain d'autrui.

218. — Or, si l'on envisage ce texte *isolément*, il est parfaitement concevable d'y voir consacré le système de l'accession différée. Il suffit de le lire : en présence d'un constructeur de mauvaise foi, une *option* entre l'acquisition et la démolition est offerte au propriétaire du fonds. « Tout dépend de sa volonté. Pour que l'accession joue, il faut que le propriétaire manifeste une volonté favorable. La loi ne présume même pas son acceptation¹²¹. »

Sans doute, cette interprétation n'est-elle pas la seule possible : le texte est assez ambigu. Ne dit-il pas que le propriétaire du sol peut « conserver la propriété » des ouvrages ? Si l'on peut considérer que cette expression s'oppose à « exiger la suppression » des constructions et signifie seulement que le propriétaire du fonds maintiendra le bâtiment en l'acquérant¹²² on peut aussi prendre les

120. *Supra*, n° 204.

121. P. Lévie, thèse, n° 39.

122. P. Lévie, thèse, n° 49.

termes employés au sens strict. Or, si le propriétaire « conserve » la propriété des ouvrages, c'est qu'il l'avait déjà¹²³. On retrouverait ainsi dans l'article 555 lui-même, le principe d'une dissociation dans le temps entre l'acquisition de la propriété et le règlement des obligations des parties.

Mais voir dans ce texte le jeu différé de l'accession n'a rien de déraisonnable.

« Selon les principes, il est clair que celui qui crée une chose mobilière ou immobilière a la propriété de cette chose¹²⁴ » à condition, naturellement, que la construction ait été érigée dans son intérêt propre¹²⁵. L'art. 553 confirme d'ailleurs ce point de vue. En décidant que « toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé », il montre qu'« il existe un lien intime entre la question de savoir à qui appartiennent les constructions et celle de savoir qui les a élevées¹²⁶ ».

Ce principe est battu en brèche par l'art. 555. Mais l'atteinte est moins grave « si l'on fait cesser la propriété du constructeur sur les constructions au jour où il restitue le terrain que si on lui dénie cette propriété dès l'origine¹²⁷ ».

Or, c'est au moment de la restitution du terrain que se situe l'option du propriétaire du sol en présence d'un constructeur de mauvaise foi : l'art. 555 se place, en effet, dans le cadre de l'action en revendication intentée contre un possesseur. Et « on ne peut guère, en raison, supposer que le propriétaire du sol, tout en laissant entre les mains du possesseur l'immeuble dont ce dernier va continuer à prescrire la propriété, déclare vouloir garder la propriété des constructions ; une manifestation de volonté à cet égard ne se conçoit guère que le jour où le propriétaire, craignant de voir la prescription s'achever, enlève au possesseur de son terrain la possession qu'il avait jusqu'alors¹²⁸ ».

Il est donc raisonnable de soutenir que les constructions appartiennent au propriétaire du sol, non du jour où elles sont élevées, mais seulement à *partir du jour où prennent naissance des rapports entre le propriétaire du sol et le constructeur, c'est-à-dire où le propriétaire fait valoir ses droits sur son terrain*¹²⁹.

Si l'on adopte cette interprétation de l'art. 555, il est certain

123. On pourra remarquer que le terme « conserver » qui ne figurait que dans le 3^e alinéa de l'art. 555 a été substitué dans l'alinéa 1^{er} au terme « retenir » par la loi du 17 mai 1960. On peut surtout considérer comme plus significatif que le mot n'a pas été employé seul mais dans l'expression « conserver la propriété ».

124. A. Wahl, note sous Angers, 6 juin 1894, S., 1896, 2, 25.

125. P. Levie, thèse, n° 63.

126. A. Wahl, note sous Civ., 19 juillet 1893, S., 1894, I, 241.

127. A. Wahl, note précitée, S., 1896, 2, 25.

128. A. Wahl, note précitée, S., 1896, 2, 25.

129. *Ibid.*

que le preneur doit être propriétaire des constructions durant le bail. Le locataire, tant qu'il a cette qualité, n'est pas possesseur et il n'est pas à craindre qu'il prescrive la propriété du sol. D'autre part, si l'accession ne joue que lorsque le maître du fonds manifeste sa volonté et que cette manifestation de volonté est liée à la reprise de l'exercice effectif de ses pouvoirs sur le sol par le propriétaire, le bailleur, qui s'est engagé à laisser le preneur jouir du terrain paisiblement, ne peut réclamer l'attribution des constructions en cours de bail. Les mêmes arguments militent d'ailleurs en faveur du report du jeu de l'accession après le maintien dans les lieux ou la fin du bail renouvelé : que la situation du locataire sur le fonds dérive d'un accord de volonté ou de la loi ne devrait pas avoir d'influence à cet égard.

219. — Cette conclusion se renforce si l'on prend conscience du fondement de l'accession qu'implique cette interprétation de l'article 555.

— La théorie de l'accession immédiate ne peut, nous l'avons vu, s'expliquer par les idées erronées de l'identification des constructions au sol ou de l'occupation réelle¹³⁰. Le seul fondement possible est la maxime *accessorium sequitur principale* : la propriété de l'accessoire suit celle du principal, dans le cas de constructions sur le terrain d'autrui. La maxime traduit une vertu attractive de la *propriété* du principal (et non de l'objet principal lui-même). Le droit de propriété comporte en lui-même cet attribut qu'est le jeu éventuel de la maxime *accessorium sequitur principale*.

— Cette explication ne vaut plus si l'on admet l'accession différée, en particulier si l'acquisition de la propriété de l'accessoire dépend d'une manifestation de volonté du propriétaire du principal. On conçoit qu'il *exerce* son droit sur l'accessoire quand et comme il le veut. Mais le droit devrait *exister* indépendamment de sa volonté, dès lors que ce droit est un effet de la propriété du principal elle-même.

Surtout, on ne comprendrait pas que le constructeur fût, pendant un temps, propriétaire des ouvrages. Or, c'est précisément dans cette propriété du constructeur que réside l'explication de l'accession différée.

Celui qui construit pour lui-même à ses frais, est propriétaire de l'édifice. Mais cette construction est élevée sur le sol d'autrui. Elle occupe le terrain, elle en constitue un mode d'utilisation. De telle sorte que les droits de propriété du constructeur et du maître du sol sont en *conflit* lorsqu'il s'agit de les mettre en œuvre. « Aussi la loi a-t-elle résolu ce conflit d'une manière énergique et simple : elle fait acquérir à l'un le droit de l'autre, moyennant indemnité¹³¹. »

130. *Supra*, nos 182, 183.

131. H. Aberkane, thèse, n° 159.

La maxime *accessorium sequitur principale* apparaît comme un procédé technique permettant de trancher la difficulté.

On voit toute la différence avec la théorie précédente : alors que la règle de l'accessoire était un principe posé *a priori*, elle n'est ici qu'un *moyen* de résoudre un conflit.

220. — Il est alors aisé de comprendre que l'accession ne joue qu'au moment où apparaît ce conflit. Dans le cadre des rapports entre possesseur et propriétaire du sol, « tant que le terrain n'est pas entre les mains de son propriétaire, ce dernier n'a aucun rapport avec le possesseur, et, par suite, les conflits ne sont pas à craindre ¹³² ». Et, naturellement, si le constructeur est locataire, les conflits ne peuvent apparaître qu'au moment où le bailleur veut reprendre la direction de l'utilisation du fonds, c'est-à-dire lorsque le preneur n'a plus de titre à occuper les lieux ¹³³.

Ainsi, la jurisprudence de la Cour de cassation reportant le moment de l'accession à la fin du bail peut-elle être solidement justifiée, si l'on considère qu'elle n'apporte pas seulement une exception au principe de l'accession immédiate, limitée à la matière du bail, mais implique un choix entre deux interprétations possibles de l'art. 555 et entre deux conceptions de l'accession. Car cette prise de position impose un certain éclairage de toute la « théorie de l'accession » qui doit être reprise en fonction du rôle qu'y joue, dans cette optique, la maxime *accessorium sequitur principale*.

§ 2. — L'accession et le règlement de conflits en matière de propriété.

221. — Le jeu différé de l'acquisition de propriété dans le cas des constructions érigées sur le sol d'autrui implique l'abandon de la théorie abstraite de l'accession. Cette conception revient à s'attacher moins au *plan* suivi par le Code civil qu'à la *réglementation* précise des diverses hypothèses envisagées.

La théorie de l'accession différée suppose, au départ, que l'on écarte l'idée que, de l'ensemble des règles écrites au chapitre « du droit d'accession sur ce qui s'incorpore à la chose » on puisse tirer que le droit de propriété comprend, de façon générale, dans son

132. A. Wahl, note précitée, *S.*, 1896, 2, 25.

133. Ce qui doit pouvoir s'entendre d'un titre conventionnel ou légal.

Il faut aussi noter que le bailleur ne perd pas tout pouvoir quant à l'utilisation du fonds. Il doit pouvoir s'opposer à une construction qui modifie la destination des lieux, sauf, sans doute, dans le cadre de la « déspecialisation » des baux commerciaux (cf. B. Boccara, *J.C.P.*, 1965, 1, 1926).

Sous cette réserve, il ne peut y avoir de conflit entre bailleur et preneur quant à l'utilisation du sol par une construction, tant que le locataire occupe les lieux en vertu d'un titre régulier.

régime, le jeu éventuel de la maxime *accessorium sequitur principale*. C'est refuser de faire subir aux dispositions de l'article 551¹³⁴ un traitement analogue à celui de l'article 1384 alinéa 1^{er} et, loin d'y chercher l'expression d'un principe, y voir seulement l'annonce des articles suivants.

On peut remarquer à cet égard que l'art. 553, s'il présume que les constructions appartiennent au propriétaire du sol, admet la preuve contraire, ce qui prouve qu'il n'y a rien d'inéluctable à ce que la propriété de l'accessoire suive celle du principal¹³⁵. L'attraction de la propriété des accessoires ne figure pas non plus dans la définition de la propriété que donne l'article 544. L'accession apparaît alors, de façon plus modeste, comme le *regroupement sous un vocable commun d'un ensemble de solutions données par la loi pour régler des conflits de propriété en faisant un large usage du procédé technique « accessorium sequitur principale »*.

Le choix de ce procédé se justifie d'ailleurs :

— Dans de nombreux cas, la maxime *accessorium sequitur principale* exprime, nous l'avons vu, les conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal, qui est une donnée de fait. Aussi a-t-on l'habitude de voir effectivement l'accessoire suivre le sort du principal. Dans une situation délicate où se rencontre la relation d'accessoire à principal, il n'est pas choquant de faire appel à l'adage, même si son utilisation dans ces circonstances dépasse les simples conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal.

— Surtout, faire suivre à la propriété de l'accessoire le sort de celle du principal apparaît, dans les hypothèses envisagées par le Code civil et eu égard aux objectifs poursuivis par lui, une solution satisfaisante, à condition d'y apporter certains aménagements. On s'en aperçoit très bien si l'on envisage de façon un peu plus précise la réglementation du « droit d'accession ».

On s'aperçoit alors que si « la règle de l'accessoire » est un procédé largement employé pour résoudre des difficultés courantes, elle ne fonctionne pas toujours de la même façon si les intérêts économiques et sociaux en cause sont différents. Bien plus, elle n'est pas le seul moyen d'aboutir à une issue et il est des cas où ce n'est pas elle qui fournit la meilleure solution.

A. — L'utilisation de la maxime *accessorium sequitur principale*

a) Les articles 554 et 555.

222. — L'article 552 énonce : « La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos,

134. « Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire, suivant les règles qui seront ci-après établies. »

135. Cf. P. Lévie, thèse, n° 47.

sauf les exceptions établies au titre « des servitudes ou services fonciers ». Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos... » Ici encore, il ne faut pas isoler la première phrase pour en faire l'exposé d'un principe qui irait trop loin¹³⁶. Le texte, pris dans son ensemble, permet au propriétaire de se servir de son terrain pratiquement en y élevant des ouvrages ou en y creusant des fouilles. En vertu de ce texte et sous réserve des limites légales¹³⁷, le propriétaire peut librement construire ou planter et il est en principe le seul à pouvoir le faire¹³⁸. L'article 552 considère, et c'est normal, que l'édification de constructions est un mode d'utilisation du sol.

Puisque le maître du sol en a l'usage exclusif, lorsqu'une construction est élevée sur un terrain, il est naturel de présumer que c'est le propriétaire qui, usant de son droit, en est l'auteur et en a la propriété. C'est tout ce que dit l'article 553. A celui qui prétend avoir un droit sur les ouvrages de le prouver¹³⁹. La présomption de l'article 553 tend à prévenir des conflits.

Un tel conflit apparaît pourtant lorsqu'un tiers prouve que ce sont ses matériaux que le propriétaire du sol a utilisés pour édifier la construction. Ici, quatre solutions s'offrent a priori :

— L'application rigide des principes. Le tiers revendique la propriété des matériaux, ce qui aboutit à la démolition de l'ouvrage.

— La sanction du propriétaire du sol, qui a employé sans droit des matériaux appartenant à autrui : le tiers devient propriétaire de la construction où ses matériaux sont incorporés.

— Une copropriété de l'édifice entre le tiers et le constructeur, la quote-part de chacun correspondant à la valeur de ce qu'il a fourni, volontairement ou non, pour la construction du bâtiment.

— La simple indemnisation du tiers, la construction demeurant au propriétaire du sol.

Ce sont des solutions analogues qui s'offrent au conflit inverse, qui résulte de la construction par un tiers sur le terrain d'autrui.

On retrouve la démolition de l'édifice, qui permet au propriétaire de retrouver son terrain tel qu'il était à l'origine et au tiers de reprendre ses matériaux ; la copropriété de la construction ;

136. Pour une critique détaillée de la conception voyant dans l'art. 552 al. 1 la consécration de l'accession en général : cf. P. Lévie, thèse, n^{os} 45 s.

137. Cf. Marty et Raynaud, II, 2, n^{os} 101 et 103.

138. « Il résulte de l'art. 552 C. Civ. que le propriétaire d'un terrain a la propriété du dessus, en ce sens qu'il peut seul en user pour y établir des constructions et qu'il est autorisé à demander la démolition des ouvrages qui, d'une hauteur quelconque, empiètent sur cet espace. » (1^{re} Civ., 24 mai 1965, *J.C.P.*, 1965, IV, G, p. 94.)

139. Cass., 21 mai 1906, *S.*, 1906, I, 316. — T. Civ., Tours, 4 août 1908, *G.P.*, 1908, 2, 345. — Toulouse, 21 février 1938, *la loi*, 14 décembre 1938 ; *G.P.*, tables, 1935-1940, p. 367, n^{os} 80 à 84. — Civ., 29 février 1956, *Bull.*, 1956, I, n^o 105, p. 85.

l'attribution de l'édifice au constructeur qui l'a élevé pour lui-même et à ses frais ; l'attribution du bâtiment au propriétaire du sol, qui peut fonctionner comme une sanction du constructeur qui a utilisé sans droit le terrain d'autrui.

223. — Le Code civil a résolu les deux ordres de conflits en tenant compte d'une part du fait que la construction est accessoire du sol, d'autre part de considérations économiques qui ne sont pas, encore aujourd'hui, dépourvues de valeur.

Le bâtiment occupe le sol qui lui sert de support. Or le propriétaire du sol est, en vertu de l'art. 552, maître de l'usage du dessus et du dessous de son terrain. Cela signifie que l'exercice du droit de propriété sur la construction suppose une utilisation du sol qui est en même temps l'exercice de la propriété sur le terrain.

Dès lors que les deux droits de propriété ont des titulaires distincts, il est clair que le maître du fonds peut paralyser l'exercice du droit du propriétaire de la construction. Il peut même décider d'une autre utilisation du sol, incompatible avec le maintien de l'édifice ¹⁴⁰.

140. On remarquera au passage que la difficulté n'apparaît que lorsque le propriétaire du sol entend exercer son droit concurremment au propriétaire de la construction. Tant que le propriétaire de l'édifice jouit en fait de la libre utilisation du terrain, rien ne vient gêner l'exercice de son droit. Et l'on comprend que le locataire, que le bailleur s'est engagé à laisser jouir du fonds puisse, au cours du bail, user sans obstacles de sa propriété sur les constructions qu'il édifie sur le fonds loué. On pourrait, il est vrai, soutenir que la propriété du bâtiment suppose une maîtrise directe sur le sol et que l'édifice comporte dans sa structure non seulement un assemblage de matériaux mais aussi la surface du terrain. Or, on comprendrait mal que le locataire puisse, par le fait qu'il élève une construction se créer à lui-même un droit réel de superficie. Mais une telle conception serait excessive. La propriété de la construction ne comporte pas de droit réel sur le sol : c'est seulement l'exercice de ce droit de propriété qui peut être entravé par le droit de propriété distinct portant sur le terrain. Le locataire peut être propriétaire de l'édifice sans pour autant avoir aucun droit réel sur le fonds. Pour que le conflit soit évité, il suffit que le propriétaire du sol se soit interdit de l'utiliser lui-même. C'est le cas du bail, où sa créance de jouissance assure au preneur la détention paisible du terrain. Et la propriété du locataire-constructeur est immobilière bien qu'il n'ait pas de droit de superficie. Le bâtiment est immeuble par nature (art. 518). Sans doute, l'édifice doit-il sa qualification d'immeuble au fait qu'il est fixé au sol. Cela ne signifie pas qu'il comprenne dans sa structure une partie du terrain, mais simplement qu'il est physiquement immobilisé.

D'ailleurs, il n'est plus discuté que le preneur, lorsqu'il est propriétaire des constructions, a, durant le bail, une propriété immobilière. Il peut consentir des hypothèques (Paris, 30 mai 1864, *P.*, 1864, 1155. — Nîmes, 3 janvier 1872, *P.*, 1872, 772. — Paris, 9 août 1889, *D.P.*, 1890, 2, 119. — Paris, 8 février 1892, *D.P.*, 1892, 2, 409, note Planiol. — Gand, 29 mai 1895, *D.P.*, 1897, 2, 218. — Cass., 19 juin 1895, *S.*, 1896, I, 295. — Aix, 1^{er} mars 1923, *G.P.*, 1923, I, 641. — Paris, 1^{er} février 1928, *D.P.*, 1929, 2, 16) ;

Ses créanciers peuvent pratiquer sur les constructions une saisie

Si bien que la destruction du bâtiment apparaît comme la seule issue dans les deux ordres de conflit envisagés.

— Lorsque le propriétaire du fonds a construit avec les matériaux d'autrui, car le propriétaire des matériaux ne peut revendiquer que les matériaux et pour qu'ils retrouvent cette forme, il faut démolir l'édifice.

— Lorsque le constructeur a érigé l'ouvrage sur le terrain d'autrui, car le maître du sol peut prétendre refuser que son terrain soit utilisé comme support d'une construction.

224. — On voit que la constatation du rapport d'accessoire à principal ne conduit pas du tout à attribuer la propriété de l'accessoire au propriétaire du sol. Tout ce qui résulte de ce rapport, c'est que l'accessoire doit son existence au support fourni par le principal. Nous avons déjà rencontré des situations voisines et nous avons conclu qu'il était logique que, pour éviter sa destruction, l'accessoire suive le sort du principal¹⁴¹. La différence avec l'hypothèse présente est cependant importante.

En matière contractuelle, on peut trouver dans le contrat lui-même un « principe moteur » qui fait suivre à l'accessoire le sort du principal. Ici la maxime *accessorium sequitur principale* est seule. Elle est impuissante à faire céder la propriété. D'autant plus que ce n'est pas la seule issue possible permettant d'éviter la destruction antiéconomique de l'accessoire.

Il n'y a donc pas de nécessité logique à ce que la propriété de l'accessoire suive celle du principal. Mais le rapport d'accessoire à principal existe, c'est un fait indéniable. C'est en tenant

immobilière (Cass., 7 avril 1862, *P.*, 1862, 997. — Paris, 30 mai 1864, *P.*, 1864, 1155. — Cass. civ., 19 juillet 1893, *S.*, 1894, I, 241, note A. Wahl ; *D.P.*, 1893, I, 603. — Bordeaux, 22 février 1894, *S.*, 1895, 2, 52. — Gand, 29 mai 1895, *D.P.*, 1897, 2, 218) ;

S'il vend les constructions, les droits de mutation immobilière sont dûs (Req., 27 juillet 1868, *S.*, 1869, I, 38 ; *P.*, 1869, 61. — Civ., 24 novembre 1869, *S.*, 1870, I, 183 ; *P.*, 1870, 301. — Civ., 11 août 1884, *S.*, 1885, I, 231 ; *P.*, 1885, I, 545. — Civ., 26 juillet 1921, *D.P.*, 1925, I, 78. — Req., 28 novembre 1922, *S.*, 1923, I, 121, note P. Esmein).

Sans doute cette jurisprudence est-elle intervenue en présence de renonciation du bailleur à l'accession et on pourrait concevoir que cette renonciation vaut concession temporaire d'un droit réel de superficie. Mais « le droit de superficie est un droit réel dont la preuve doit être rapportée suivant les règles du droit commun » (1^{re} Civ., 18 décembre 1963, *D.*, 1964, 168) ; l'autorisation concédant un droit de superficie devrait faire l'objet d'un acte notarié, être soumise à enregistrement, être publiée à la conservation des hypothèques (cf. J. Béchade, *J.C.P.*, 1962, éd. N. II. 12655). Aussi les arrêts invoquent-ils directement l'art. 518.

Outre les arrêts déjà cités, *supra*, v. Lyon, 18 février 1871, *P.*, 1871, 301, note E. Moreau. — Req. 13 février 1872, *S.*, 1872, I, 104 ; *P.*, 1872, 253, rapport Dumon. — Angers, 6 juin 1894, *S.*, 1896, 2, 25, note Wahl. — Grenoble, 3 mars 1903, *S.*, 1905, 2, 230. — Pour la jurisprudence belge, v. P. Lévie, thèse, n° 1, note 1.

141. *Supra*, n° 59 s.

compte de cette situation que la loi a résolu la question de façon à promouvoir les intérêts économiques qui ont paru conformes à l'intérêt général.

225. — Ces impératifs d'ordre économique ont conduit les rédacteurs du Code civil à poser des postulats simples :

1° Ce qui compte essentiellement est la *meilleure utilisation possible du sol*. Il n'y a pas seulement là le reflet de la tradition historique ou des relents des théories physiocratiques. Envisager l'exploitation du terrain est délibérément se placer dans une perspective économique à long terme. Le sol ne périt pas. On préférera en général l'utiliser d'une façon qui ménage l'avenir, même si, à court terme, le rendement d'un tel emploi apparaît moindre. Il paraît sage que la loi ne sacrifie pas les générations futures et défende cette politique.

2° Celui qui est le mieux placé pour apprécier la meilleure utilisation du fonds est le propriétaire du sol. Son droit en principe perpétuel doit lui permettre de prendre le recul nécessaire pour porter un jugement sain sur la destination qu'il convient d'assigner au terrain.

3° Il est souhaitable de ne pas multiplier à l'envi les morcellements de la propriété foncière, éviter les enclaves, les superpositions de droits réels. Non seulement des conflits sont toujours à craindre entre propriétaires voisins, mais l'exploitation de deux biens imbriqués matériellement l'un dans l'autre est difficile et économiquement peu rentable.

La combinaison de ces données explique de façon simple le régime de « l'accession artificielle immobilière ».

Lorsqu'apparaît le conflit opposant le propriétaire du sol à un tiers, deux questions se posent :

226. — 1° Convient-il de maintenir la construction ou de la démolir ?

Tout dépend du point de savoir si l'ouvrage est ou non utile pour l'exploitation du fonds.

— Si c'est le propriétaire du sol lui-même qui a édifié un bâtiment sur son terrain avec les matériaux d'autrui, on peut poser par hypothèse que la construction est utile. Elle ne devra pas être détruite.

— Lorsque l'ouvrage a été élevé sur le terrain d'autrui, il faut en principe attendre la décision du propriétaire du sol. S'il juge la construction utile, elle sera maintenue. Sinon elle devra être enlevée, car elle entrave l'exploitation qui convient le mieux au terrain. On ne peut, en effet, avoir confiance dans l'appréciation du constructeur qui a eu en vue son intérêt immédiat et non celui du fonds. Du moins lorsqu'il sait qu'il construit sur le terrain d'autrui, car il sait sa détention du fonds précaire et il ne se soucie alors que de la rentabilité à court terme de l'immeuble. Au contraire, lorsque

le constructeur se croyait propriétaire du sol, il a dû juger en propriétaire de l'utilité de l'ouvrage, en ménageant l'avenir. Il est possible, dans ce cas, de se fier à l'appréciation du constructeur et, par exception à la règle habituelle, il n'est pas nécessaire de s'en remettre à la décision du véritable propriétaire du sol. Le constructeur de bonne foi ayant jugé sainement de l'utilité de la construction, elle devra être maintenue. Ceci explique que la bonne ou la mauvaise foi du constructeur s'apprécie au moment où s'effectue la construction¹⁴². Qu'un constructeur de bonne foi découvre postérieurement le vice de son titre ne retire rien à l'utilité de l'ouvrage.

Il est certain que le postulat optimiste selon lequel le propriétaire du sol, ou celui qui se croit tel, est un juge qualifié de la conformité des constructions avec l'intérêt général, s'est, dans la pratique, souvent trouvé démenti. Il est notamment arrivé fréquemment que, par crainte de devoir payer une indemnité au constructeur, le propriétaire du sol ait opté pour la démolition alors qu'objectivement les ouvrages étaient utiles. Aussi comprend-on que, dans les lois récentes, un contrôle impartial émanant de l'autorité publique tende à se substituer à celui du maître du sol qui n'est pas assez convaincu de la fonction sociale de son droit de propriété¹⁴³. Dans ce système, « la valeur économique d'intérêt social des travaux doit être contrôlée en dernier ressort par l'organe judiciaire qui aura qualité pour conférer le caractère licite aux constructions et plantations¹⁴⁴ par dessus la tête du propriétaire du sol¹⁴⁵.

Lorsque l'utilité de la construction est reconnue et que l'éventualité de sa destruction est écartée, se pose la seconde question :

227. — 2° Qui doit, désormais, être propriétaire de la construction ?

Ce sont des considérations pratiques, dictées par le souci d'assurer une bonne exploitation du fonds, qui déterminent le choix entre les solutions possibles :

— La copropriété de l'édifice est une solution compliquée. L'évaluation de l'apport des parties pour déterminer la quote-part de chacun serait délicate. Surtout ce serait créer une situation propre à faire naître les conflits que l'on voulait précisément éviter.

— L'attribution de la construction à un autre que le propriétaire du sol pourrait paraître fondée :

Lorsque le propriétaire du fonds a utilisé les matériaux d'au-

142. Req., 4 janvier 1922, *D.P.*, 1922, I, 68.

143. Cf. *supra*, n° 210.

144. R. Saint-Alary, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1947, p. 270.

145. Les juges du fond voudraient étendre le système au droit commun et superviser le contrôle de l'utilité des ouvrages fait par le propriétaire du fonds. En l'état actuel des textes, cette tentative est vouée à l'échec (1^{re} Civ., 13 janvier 1965, *J.C.P.*, 1965, IV, G, p. 22 ; *G.P.*, 1965, I, 236).

trui, la solution fonctionnerait comme une sanction de la voie de fait qu'il a commise.

Lorsque la construction a été élevée par un tiers sur le terrain d'autrui, le principe est que l'auteur d'une chose, qui l'a faite pour lui-même et à ses frais, en est propriétaire. C'est ce qui se passe jusqu'à ce qu'apparaisse le conflit avec le propriétaire du sol. Le principe demeure, même lorsque le litige est né.

Mais cette solution se heurte à deux obstacles :

D'une part, la construction est accessoire du sol. Cette situation n'est pas gênante tant qu'aucun conflit n'oppose le propriétaire du sol et le tiers. Mais lorsque l'antagonisme apparaît entre les parties, l'exercice du droit de propriété sur la construction serait paralysé par le maître du fonds. Pour échapper à la difficulté et permettre le fonctionnement durable de la propriété de l'édifice, il faudrait en outre accorder à son propriétaire un droit réel de superficie sur le fonds, au moins tant que l'édifice demeure¹⁴⁶.

Ce serait là une sanction excessive contre le propriétaire qui a employé les matériaux d'autrui ; surtout s'il a mêlé ses propres matériaux à ceux du tiers et que la valeur de ce qu'il devrait céder dépasse de beaucoup celle des biens dont il s'est emparé. Ce serait aussi réaliser au profit de celui qui a construit sur le terrain d'autrui une éviction du propriétaire du fonds qui se justifierait mal.

D'autre part, il est rare que la construction occupe toute la surface du fonds. Or, il n'y a aucune raison d'attribuer au propriétaire de l'édifice des droits sur la part de terrain que ne recouvre pas la construction. D'où un voisinage difficile de deux propriétés distinctes. Le bâtiment sera souvent enclavé, ce qui entraîne la création de servitudes. Si la construction occupe presque tout le terrain, le droit de propriété sur la partie laissée libre par le bâtiment devient sans utilité pratique...

Il apparaît donc préférable que, lorsque le conflit naît entre les parties, le propriétaire du sol conserve ou acquière la propriété de la construction : c'est ce que décident les articles 554 et 555. Ainsi, en ces hypothèses, la solution socialement et économiquement la meilleure, parce qu'elle évite des litiges et favorise une bonne exploitation des biens, est que la propriété de l'accessoire suive celle du principal. La maxime *accessorium sequitur principale* n'est pas un principe général qui s'applique d'emblée, mais le procédé technique jugé le plus adéquat en l'occurrence.

Ainsi peuvent s'expliquer simplement les solutions de la loi,

146. Besançon, 13 mars 1947, *J.C.P.*, 1947, II, 3753, note E. Becqué. — Besançon, 14 décembre 1955, *D.*, 1957, 358, note E.S. de la Marnière, *J.C.P.*, 1957, II, 9706, note A. Ponsard, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1957, p. 102 obs. H. Desbois. (Cet arrêt, appliquant l'adage *major pars trahit ad se minorem* a attribué le bâtiment au constructeur parce que sa valeur était supérieure à celle du sol. Il a, par conséquent, c'était la logique du système adopté, conféré au constructeur un droit de superficie. Cf. *supra*, n° 16 s.)

alors qu'à chercher le fondement de l'accession dans la « conservation des valeurs créées ¹⁴⁷ » on ne comprend pas le droit de faire démolir écrit à l'article 555 ¹⁴⁸, et invoquer une stricte défense de la propriété ¹⁴⁹ n'aboutirait qu'à la destruction des ouvrages.

Dès l'instant qu'il ne s'agit plus d'une doctrine abstraite mais de la solution de questions concrètes, il n'y a pas d'obstacle théorique à modifier le système en fonction des particularités de la situation. C'est ainsi que le problème a pu être résolu de façon un peu différente dans le cadre des régimes matrimoniaux.

b) L'accession dans les régimes matrimoniaux.

228. — Dans le régime de la communauté légale tel que l'organisait le Code civil antérieurement à la loi du 13 juillet 1965, le sort d'une construction élevée, à l'aide de deniers communs, sur un terrain propre à l'un des époux, n'était pas spécialement prévu. La jurisprudence a fait application de la théorie de l'accession : le bâtiment était lui-même propre et l'époux devait récompense à la communauté pour les sommes déboursées.

Il ne fait guère de doute qu'à l'origine de cette jurisprudence, on trouve la théorie selon laquelle le sol absorbe la construction qui vient s'y fondre. En effet, les décisions invoquent à la fois l'article 552 pour le principe de l'accession et l'article 1437 pour la question d'indemnité ¹⁵⁰. Le système apparaît alors très cohérent : la construction incorporée au sol perd toute individualité et se confond avec le terrain propre. Dès lors, il n'y a pas acquisition d'une chose nouvelle, ce qui exclut l'application de l'article 1401, mais amélioration d'un propre, d'où seulement le jeu de la récompense prévue à l'article 1437.

Malheureusement, cette conception repose sur le postulat inexact que la construction ne forme pas un objet distinct du sol.

229. — Mais l'idée qu'il y a amélioration d'un propre peut être conservée. En effet, il faut remarquer qu'à la différence de la situa-

147. C'est l'explication traditionnelle. Cf. P. Levie, thèse, n° 54.

148. Il paraît un peu trop facile de répondre : « Le droit de faire démolir n'est que la sanction de la violation du droit de propriété. Il est indifférent à l'accession et se meut sur un plan parfaitement distinct. C'est par hasard, en suite d'une répétition somme toute inutile, qu'il est inscrit dans l'art. 555. » (P. Levie, thèse, n° 54.) En effet, cette « sanction de la violation du droit de propriété » aboutit bien à la destruction d'une « valeur créée » (cf. J. Brissé Saint-Macary, thèse, p. 25). Il faudrait expliquer pourquoi la défense de la propriété l'emporte parfois et pourquoi à l'inverse, il arrive que la conservation des « valeurs créées » paralyse cette sanction de la violation du droit de propriété.

149. J. Brissé Saint-Macary, thèse, p. 35.

150. V. par exemple : 1^{re} Civ., 13 avril 1959, *D.*, 1959, 260, — 1^{re} Civ., 30 décembre 1959, *Bull.* 1959, I, n° 569, p. 468 ; *Journ. Not.* 1960, art. 46147, note A. Raison. — Dijon, 5 mars 1964, *J.C.P.*, 1964, II, 13664.

tion réglée par l'article 555, la construction n'est pas érigée par un tiers agissant pour son propre compte *animo domini*. La communauté n'est pas, en droit positif, une personne morale distincte des deux époux¹⁵¹. Sauf dans le cas d'un « détournement de pouvoir » par l'époux qui gère la communauté, le bâtiment est édifié dans l'intérêt de la famille, donc aussi dans l'intérêt de l'époux maître du sol¹⁵².

La situation apparaît alors beaucoup plus proche de celle que prévoit l'article 554 que de celle visée à l'article 555 : la construction est élevée par le propriétaire du sol, aux frais d'un autre. Or, dans l'article 554 le maître du fonds qui est aussi le constructeur est immédiatement propriétaire de l'ouvrage.

Il est vrai que la difficulté ne provenait pas de la revendication de matériaux par un tiers, mais de la règle que les acquêts tombent en communauté, ce qui change quelque peu les données du problème. On aurait pu dire que l'unité d'administration des différents patrimoines prévient, tant que dure la communauté, le conflit résultant du rapport d'accessoire à principal. Mais, outre que cette unité d'administration comporte des exceptions¹⁵³ il aurait été difficile de résoudre la question lors de la dissolution de la communauté : l'article 555 étant inapplicable¹⁵⁴, sur quel texte aurait-on pu se fonder pour éviter sûrement, lors du partage, l'attribution du bâtiment à un autre que le maître du sol ? Or, l'article 1437 prévoyait la possibilité pour un époux d'utiliser les biens communs afin d'améliorer ses propres. Il suffisait d'entendre de façon large le mot « amélioration » pour y englober la construction d'un terrain nu. D'autant plus que le Code civil n'écarterait pas totalement l'idée que l'amélioration d'un propre pût résulter de l'acquisition de choses nouvelles : l'article 1408 décidait bien que l'achat de parts d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis ne formait point un

151. T. Civ. Cahors, 11 janvier 1963, *J.C.P.*, 1963, II, 13162, note P. Esmein. — Dijon, 5 mars 1964, *J.C.P.*, 1964, II, 13664 précité.

152. Cf. P. Levie, thèse, n° 160.

153. On pourrait imaginer que la femme utilise ses biens réservés pour construire sur un terrain propre au mari.

154. Cf. 1^{re} Civ., 27 février 1957, *Bull.* 1957, I, n° 105, p. 86. Si la cour de Riom a, le 5 février 1964 (*J.C.P.*, 1965, II, 13627, note P. Esmein) appliqué l'art. 555 à notre hypothèse, c'est uniquement en ce qui concerne le calcul de l'indemnité, afin d'étendre la solution, plus juste parce qu'effaçant les effets de la dépréciation monétaire, de la loi du 17 mai 1960 modifiant ce texte. Mais P. Esmein, dont la Cour déclare suivre les suggestions, n'a jamais proposé d'appliquer directement l'art. 555 mais d'adopter par *analogie* le mode de calcul de l'indemnité prévu par ce texte modifié en 1960, pour évaluer la récompense due par l'époux (notes précitées *J.C.P.*, 1963, II, 13162 ; *J.C.P.*, 1964, II, 13627). La Cour de cassation a repoussé la référence à l'art. 555 pour le calcul de la récompense : 1^{re} Civ., 19 juillet 1966, *D.*, 1966, 713, note J. Dedieu. — Pour le calcul de l'indemnité dans le régime issu de la loi du 13 juillet 1965, cf. Paris, 19 novembre 1966, *D.*, 1967, 150, note P. Malaurie ; *J.C.P.*, 1967, II, 15007, note J. Patarin.

conquêt. Il existe d'ailleurs une certaine analogie entre cette dernière situation et celle résultant de la construction élevée sur un terrain propre aux frais de la communauté : Sans doute, le bâtiment étant distinct du sol, n'y a-t-il pas indivision. Mais la complexité pratique résultant de la superposition de deux biens unis par un rapport d'accessoire à principal n'en est pas éloignée¹⁵⁵. Comme d'autre part, il n'y avait pas de risque d'induire les tiers en erreur, il était plus simple de trancher la difficulté dès l'origine en déclarant la construction immédiatement propre.

Mais ceci surtout parce que la question se pose en des termes particuliers dans les régimes matrimoniaux : il ne s'agit pas du conflit entre deux propriétaires, mais de la répartition des biens entre le patrimoine propre et le patrimoine commun. Or l'équilibre entre ces patrimoines est théoriquement assuré par le mécanisme des récompenses. La résistance opposée à la maxime *accessorium sequitur principale* est donc beaucoup moins grande que lorsqu'il s'agit, par le jeu de cette règle, d'évincer un propriétaire.

Le nouvel article 1406 maintient, en élargissant à d'autres hypothèses, le principe de l'accession immédiate dans le régime de communauté : « Forment des propres, sauf récompense s'il y a lieu, les biens acquis à titre d'accessoires d'un bien propre... ». La solution s'imposait d'autant plus que chaque époux conserve maintenant l'administration de ses propres et que les conflits résultant des rapports d'accessoire à principal apparaîtraient immédiatement dans de plus nombreux cas si la construction élevée sur un terrain propre avec des deniers communs était commune.

230. — Ainsi la maxime *accessorium sequitur principale* fonctionne-t-elle comme un procédé technique permettant de résoudre au mieux certaines difficultés qui naissent du « rapprochement » de deux biens. Mais elle ne s'impose pas d'elle-même. Ce qui s'impose, c'est le rapport d'accessoire à principal, dont il faut nécessairement tenir compte. En présence de cette situation, la règle de l'accessoire offre une solution commode, « préfabriquée », mais qu'il est normal d'adapter aux différentes hypothèses où il a paru bon de la consacrer. Tout dépend d'une appréciation des intérêts économiques et sociaux en cause.

C'est ce qu'admet ouvertement le Code civil lorsqu'il envisage le « droit d'accession relativement aux choses mobilières ». L'article 565 annonce d'emblée que la matière « est entièrement subordonnée au principe de l'équité naturelle » et que les règles établies le sont à titre d'« exemple » pour guider les juges. Les hypothèses

155. Elle est même plus grave lors de la dissolution de la communauté et c'est pourquoi on ne pourrait retenir l'idée d'une faculté d'abandon de la construction accordée à la femme lors de la dissolution de la communauté, analogue à celle de l'art. 1408, al. 2, tel que l'avait interprété la jurisprudence.

considérées sont très diverses et débordent largement le simple rapport d'accessoire à principal. Les solutions « équitables » adoptées font d'ailleurs appel à des procédés multiples, comprenant aussi bien le partage, que la copropriété, la règle *accessorium sequitur principale* ou même l'adage *major pars trahit ad se minorem...* Il est inutile de reprendre dans le détail ces textes d'application très rare.

Mais il reste qu'il est clair que la règle de l'accessoire n'est pas le seul moyen de résoudre ce genre de difficultés.

B. — L'exclusion de la maxime *accessorium sequitur principale*

231. — Que l'acquisition des accessoires par le propriétaire du sol ne soit pas un principe absolu, mais simplement une solution particulière à certains conflits déterminés, n'apparaît pas seulement dans la manière dont la maxime *accessorium sequitur principale* est consacrée dans l'accession. Plus révélatrices encore sont les hypothèses où la règle de l'accessoire ne joue pas.

Il est en effet des situations où l'on aurait pu croire que la maxime *accessorium sequitur principale* allait s'appliquer et dont les textes ne font pas des cas d'accession. A l'inverse, toutes les difficultés pratiques résolues sous la rubrique de l'accession ne le sont pas au moyen de la règle de l'accessoire.

Ce n'est pas là le fruit d'une évolution récente. Mais les excès de l'« esprit de système » ignoraient l'importance de telles exceptions. L'éclairage nouveau projeté sur la matière par la dislocation de l'échafaudage théorique permet au contraire, de les envisager sans aucune gêne. C'est même une excellente vérification du bien fondé de la jurisprudence qui remet la règle de l'accessoire à sa véritable place.

a) Les difficultés résolues sans le secours de la règle de l'accessoire en dehors de l'accession.

Les dispositions concernant l'accession artificielle immobilière ne traitent pas d'un cas d'occupation du sol d'autrui par un ouvrage, l'empiétement, et ignorent, nous l'avons déjà signalé, une catégorie d'accessoires, ceux dont la situation dérive d'un rapport d'affectation. Le silence du Code ne serait étonnant que si la maxime *accessorium sequitur principale* était incluse dans le droit de propriété lui-même. Il est, au contraire, normal si l'on considère que les données particulières à ces hypothèses ne justifient pas le recours au procédé technique qu'est la règle de l'accessoire.

1° L'empiétement.

232. — Lorsque le constructeur élève un bâtiment sur son propre terrain, mais dépasse les limites de sa propriété, de telle sorte que l'édifice empiète sur le fonds voisin, il est évident que la

portion de la construction qui occupe le sol d'autrui ne peut être d'aucune utilité pour ce fonds. Il n'est nullement besoin de l'appréciation du propriétaire victime de l'emprise : l'exploitation du terrain recouvert par le bâtiment ne peut se faire qu'au travers de l'utilisation de l'ouvrage et une fraction de la construction délimitée par un plan vertical à la limite du fonds est inutilisable. Peu importe aussi que le constructeur, victime d'une erreur de mensuration, ait cru rester dans les limites de son propre terrain. Il n'a pu juger en propriétaire de l'utilité de l'ouvrage pour le fonds voisin sur l'étendue duquel il s'est trompé. En tout état de cause, la portion de bâtiment empiétant sur le sol d'autrui est objectivement inutile pour ce fonds.

Dès lors, la situation est simple : tant que le propriétaire victime de l'empiètement ne se manifeste pas, le constructeur peut jouir sans difficultés de l'ensemble de la construction qui lui appartient. Mais lorsque le propriétaire voisin entend exercer la plénitude de ses droits sur l'intégralité de son fonds, le conflit qui naît ne peut trouver d'issue que dans la démolition de l'ouvrage aux frais du constructeur, que ce dernier ait été de bonne ou mauvaise foi. C'est l'application pure et simple de l'article 545 : « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété... » Il n'y a en cette hypothèse aucune raison de faire fléchir ce principe.

Il n'était donc pas nécessaire d'envisager ce conflit au chapitre de l'accession¹⁵⁶.

La jurisprudence fait donc une exacte application des textes lorsque, sur le fondement de l'article 545, elle condamne le constructeur à enlever la partie de l'ouvrage qui empiète sur le fonds voisin, quelque minime que puisse être l'emprise et même s'il doit, pour cela, démolir toute la construction¹⁵⁷.

233. — Il faut une singulière conception de la réalité pour estimer, comme l'ont fait plusieurs décisions, que l'article 555 est applicable en cette hypothèse¹⁵⁸. Comment ne pas voir ce qu'il y a

156. Contra J.D. Bredin, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1965, p. 678. Pour cet auteur, l'application de l'art. 545 visant à la restitution du terrain sur lequel a porté l'empiètement n'exclut pas l'application de l'art. 555 réglant le sort de la construction. Mais l'économie du texte, comme le fondement de l'accession, s'opposent à l'application de l'art. 555 en cas d'empiètement.

157. T. Civ., Bourg, 9 juin 1911, *D.P.*, 1912, 5, 13. — Civ., 20 novembre 1912, *S.*, 1913, 1, 198. — 1^{re} Civ., 10 juillet 1962, *G.P.*, 1962, 2, 288 ; *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1963, p. 121, obs. J.-D. Bredin. — 1^{re} Civ., 10 février 1965, *G.P.*, 1965, 1, 236 ; *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1965, p. 678, obs. J.-D. Bredin. — 1^{re} Civ., 1^{er} juillet 1965, *D.*, 1965, 650. — 1^{re} Civ., 22 décembre 1965, *J.C.P.*, 1966, II, 14838, note J. Béchade.

158. Civ., 22 avril 1823, *S.*, 1823, 1, 234. — Civ., 16 juin 1903, *S.*, 1905, 1, 329 ; *D.*, 1904, 1, 36. — Civ., 19 juin 1934, *S.*, 1935, 1, 51. — Civ., 5 décembre 1938, *D.H.*, 1939, 98. — T. Civ., Lille, 5 novembre 1955, *G.P.*, 1956, 1, 141 ; *D.*, 1956, 49. — 1^{re} Civ., 4 mai 1959 (2 arrêts), *J.C.P.*, 1960, II, 11409, note H. Blin ; *S.*, 1960, 171, note A. Planqueel. — 1^{re} Civ.,

d'absurde à juger que le propriétaire du fonds victime de l'empiétement peut, et même doit, si le constructeur était de bonne foi, acquérir la propriété privative de la fraction de bâtiment qui occupe son terrain ? Car tel serait l'effet de l'article 555¹⁵⁹. Et on peut imaginer que le bénéficiaire de l'accession décide un jour de démolir la partie de l'édifice dont il est propriétaire jusqu'à la verticale de la limite de son fonds¹⁶⁰ ! Pratiquement insoutenable, cette position est, de plus, théoriquement fausse. Elle ne pourrait se comprendre que dans le cadre de la théorie de l'absorption des constructions par le sol ou dans celle de l'occupation réelle. Ces systèmes sont erronés. Et dans la seule conception qui pourrait justifier d'un « droit d'accession » automatique, celle de la consécration générale de la maxime *accessorium sequitur principale* en matière de propriété, cette solution ne serait pas fondée : il y a un accessoire qui repose sur deux supports, les deux fonds voisins. L'accessoire unique ne peut suivre séparément chaque principal. On aboutirait, au maximum, à la copropriété de la construction.

Sans doute, l'article 555 ne précise pas que les constructions dont il règle le sort doivent être entièrement élevées sur le sol d'autrui. Mais appliquer ce texte au cas d'empiétement serait se faire l'esclave d'une interprétation littérale que ne défendraient même pas les partisans de l'exégèse.

En réalité, il est à peu près certain que les arrêts qui ont ainsi invoqué l'article 555 n'ont pas entendu consacrer ce partage invraisemblable de la propriété des ouvrages. Ils n'ont retenu du texte que la limitation du droit du maître du sol de faire démolir la construction au seul cas de l'édification du bâtiment par un constructeur de mauvaise foi.

Cette position est néanmoins erronée, parce que la notion de bonne foi *au sens technique*, n'a pas, nous l'avons montré, de rôle à jouer en cette matière, et que la bonne foi *au sens moral* est étrangère à l'article 555. Mais surtout, il n'est pas possible de n'appliquer ce texte qu'en ce qui concerne le droit de faire démolir. Il faut le prendre en entier et lorsque l'ouvrage est maintenu attribuer au propriétaire victime de l'empiétement, la propriété de la partie de la construction qui recouvre son terrain, à charge d'indemniser le constructeur¹⁶¹.

3 novembre 1960, *Bull.* 1960, I, n° 470, p. 385 ; *J.C.P.*, 1962, éd. N., II, 12655, note J. Béchade. — 1^{re} Civ., 8 novembre 1961, *Bull.*, 1961, I, n° 512, p. 404. — 1^{re} Civ., 8 novembre 1961, *Bull.* 1961, I, n° 513, p. 495 ; *G.P.*, 1962, 1, 203. — T.G.I. Seine, 31 janvier 1963, *G.P.*, 1963, 1, 341.

159. On a parfois proposé de déclarer la construction indivise entre les propriétaires des deux fonds, ce qui permettrait à chacun d'eux de demander la licitation (cf. Marty et Raynaud, II, 2, n° 134 *bis*). Mais il ne semble pas que l'art. 555 autorise une telle solution qui pourrait aboutir à l'expropriation de la victime de l'emprise.

160. J.-D. Bredin, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1963, p. 121.

161. Nous ne voyons pas par quel raisonnement on peut tirer de l'art. 555 la conclusion contraire : « Dans le premier cas (bonne foi du

La jurisprudence est assez confuse, puisque des arrêts imposant la destruction de l'ouvrage empiétant sur le fonds voisin coexistent avec des décisions appliquant le régime de l'article 555.

constructeur), l'auteur de l'empiètement ne saurait être contraint de démolir sa construction. Tout au plus pourra-t-il être condamné à payer des dommages-intérêts à son voisin, ou plus exactement *une indemnité correspondant à la valeur de l'empiètement...* » (H. Blin, note sous 1^{re} Civ., 4 mai 1959, *J.C.P.*, 1960, II, 11409.) L'art. 555 prévoit une indemnité *au profit du constructeur* et non à la charge de celui-ci. L'indemnité est versée au propriétaire évincé. Faudrait-il alors considérer que le constructeur devient propriétaire par accession du terrain voisin que son bâtiment recouvre ? Comment pourrait-on faire dire à l'art. 555 *le contraire de ce qu'il dit ?*

« On ne peut qu'être surpris de l'appel ainsi fait à ce texte. Celui-ci dispose seulement, lorsqu'un ouvrage a été édifié de bonne foi sur le sol d'autrui, que le propriétaire de ce sol ne peut en demander la suppression, mais doit, dans les conditions qu'il indique, en indemniser celui qui l'a fait. On se demande par quelle exégèse l'on a pu en déduire la proposition exactement inverse et *donner au constructeur la possibilité d'acquérir la propriété de la partie du sol sur laquelle il a empiété...* » (A. Planqueel, note sous le même arrêt, *S.*, 1960, 171.)

Mais, il n'est pas certain que la Cour de cassation soit allée jusque-là dans l'arrêt qui a suscité ces commentaires : le constructeur d'une maison, victime d'une erreur de mensurations qui ne lui était pas imputable avait légèrement empiété sur le terrain du voisin. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir refusé d'ordonner la démolition de l'ouvrage, en relevant la bonne foi du constructeur, ses voisins n'ayant nullement protesté contre l'érection du mur en partie sur leur terrain et ayant, au contraire, construit eux-mêmes un mur en retrait pour échapper à la mitoyenneté.

En réalité, la Chambre civile *n'a rien dit* de la propriété du terrain ni de celle de la partie du mur empiétant chez le voisin. Elle n'a envisagé que la seule question dont elle était saisie : celle de la démolition du mur. Sans doute l'arrêt relève-t-il... « que les époux Sourdeau ont attaché si peu d'importance à l'empiètement commis par Telion, qu'ils ont construit, pour limiter leur terrain et celui de leur voisin et échapper à la mitoyenneté, un mur en plaques de ciment de 12 cm d'épaisseur, en retrait de 2 cm, *abandonnant* ainsi, sans profit pour personne, une surface de terrain bien supérieure à celle sur laquelle Telion a empiété ». Mais en construisant un mur en retrait de la ligne séparative d'un fonds, on ne déplace pas cette limite au profit du voisin. Sans quoi, il pourrait acquérir la mitoyenneté qu'on voulait justement éviter.

La Cour relève ces circonstances de fait pour caractériser la bonne foi du constructeur et l'absence de préjudice du propriétaire victime de l'empiètement, afin de justifier le maintien de l'édifice. Cette position est d'ailleurs critiquable, mais peut au moins se réclamer de la lettre de l'art. 555.

Il est vrai qu'un arrêt de la même 1^{re} section civile, en date du 8 novembre 1961 (*Bull.*, 1961, I, n° 512, p. 404) paraît bien consacrer l'acquisition du sol par le propriétaire du bâtiment :

Un sieur Aguirre construit un mur empiétant sur le terrain de dame Pérez. Ladite dame Pérez adosse une construction à ce mur. Aguirre joignant, du fait de son emprise, une portion de mur privatif appartenant à Dame Pérez obtient d'acquérir la mitoyenneté. (Dans le même sens Soc., 12 juin 1942, *G.P.*, 1942, 2, 105.) Il faut donc admettre que les limites du fonds appartenant à Aguirre se sont déplacées avec l'empiètement qu'il a réalisé. L'arrêt se fonde en réalité, non sur l'art. 555, mais

La Cour de cassation semble néanmoins se prononcer aujourd'hui plus nettement en faveur de la première solution ¹⁶².

234. — Les arrêts qui ont voulu voir dans l'empiétement un cas d'accession ont fait fausse route. Ils s'expliquent cependant par une considération qui doit nuancer la solution rigoureuse de la démolition dans tous les cas d'empiétement : on constate que dans les espèces où il est fait application de l'article 555, il s'agit presque toujours d'un mur qui déborde de quelques centimètres sur le terrain voisin, souvent d'un mur construit « à cheval » sur la limite séparative des deux fonds. Or, dans cette situation de fait particulière, s'il est bien vrai que la propriété privative d'une bande verticale de quelques centimètres d'épaisseur du mur est sans intérêt, il n'est pas toujours vrai que le mur entier soit sans utilité pour le fonds sur lequel il empiète : il constitue une clôture, il peut servir d'appui à une construction... Dès lors, on voit que la démolition du mur ne s'impose pas et qu'il serait plus heureux de le rendre mitoyen. En réalité, ce n'est pas au chapitre de l'accession que la lacune existe, mais à celui de la mitoyenneté. Le Code a prévu la situation du mur construit à la limite d'un fonds, l'exhaussement d'un mur mitoyen, il n'a pas expressément prévu le cas du mur construit en englobant la ligne séparant les deux fonds. L'extension de l'article 661 à cette hypothèse ne devrait pas, selon nous, faire de difficulté ¹⁶³.

Le schéma des solutions en cas d'empiétement serait alors le suivant :

— Tant que le propriétaire du sol victime de l'emprise ne se manifeste pas, le conflit n'apparaît pas et le constructeur jouit de sa propriété sur la construction entière.

— Lorsque le conflit apparaît : Ou le bâtiment empiète sur le fonds de plus de la largeur du mur qui le limite. Il est inutile à

sur l'accord tacitement donné par dame Pérez pour le maintien du mur. On peut concevoir qu'il y ait eu transfert conventionnel de la propriété de la bande de terre (vente ou donation ?) mais l'accord étant seulement tacite, le transfert n'ayant pas été publié serait inopposable aux tiers ! Pourtant hors de là on ne peut comprendre que le fait de l'emprise fasse acquérir la propriété du sol tant que les délais de prescription ne sont pas écoulés.

La question de la propriété du mur empiétant sur le fonds voisin est très confuse : la Cour de cassation a, le 3 novembre 1960 (*Bull.* 1960, I, n° 470, p. 385, *J.C.P.*, 1962, éd. N. II, 12655, note J. Béchade) considéré qu'était justifié au regard de l'art. 555 un arrêt qui avait décidé qu'un mur construit « à cheval » sur la ligne séparative des deux fonds était mitoyen !

Tout ceci prouve bien que si l'application de l'art. 555 peut aboutir à des résultats assez cohérents tant qu'il n'est question que de la démolition ou du maintien du mur, tout s'effondre lorsqu'on envisage la question de la propriété de la construction.

162. Comparer les décisions citées *supra* n° 232, note 157, n° 233, note 158.

163. En ce sens, Marty et Raynaud, II, 2, n° 134 *bis in fine* et n° 266.

ce fonds et le constructeur doit enlever toute la partie de l'édifice qui dépasse les limites de son propre terrain. — Ou l'empiètement n'excède pas la largeur d'un mur et dans ce cas il convient de laisser au propriétaire du fonds victime de « l'anticipation » une option : S'il juge le mur inutile, il peut le faire démolir jusqu'à la limite de son terrain. S'il estime le mur utile à son héritage, il peut en acquérir la mitoyenneté, étant entendu qu'il ne devra pas d'indemnité pour la surface du terrain qu'il se trouve avoir lui-même fournie.

La bonne ou la mauvaise foi du constructeur est sans influence, puisqu'il n'a pu juger sainement de l'utilité de l'ouvrage pour le fonds sur lequel il a empiété.

Au jeu de l'option du propriétaire, il conviendrait d'apporter deux limites.

Si le propriétaire du sol a consenti à la construction du mur en partie sur son fonds, il a déjà manifesté son choix et n'a plus d'autre alternative que le *statu quo* ou l'acquisition de la mitoyenneté¹⁶⁴.

On pourrait retenir la même solution si le mur a été édifié dans un pays de clôture forcée, selon les normes fixées à l'article 663, la loi ayant elle-même établi l'utilité du mur¹⁶⁵.

Ce système n'est pas exposé par le Code civil. Il ne nous paraît pas impossible de le déduire des lois actuelles, au prix d'une interprétation large de l'article 661.

Si, comme le fait la jurisprudence, on estime impossible cette extension des textes sur la mitoyenneté¹⁶⁶, il faut se résoudre à

164. En ce sens : T. civ. Lille, 5 novembre 1955, *G.P.*, 1956, I, 141 ; *D.*, 1956, 49.

Les arrêts relèvent souvent le consentement exprès ou tacite du propriétaire du terrain pour justifier le refus d'ordonner la démolition. Mais en général ils fondent en droit cette solution sur la bonne foi du constructeur : Civ., 19 juin 1934, *S.*, 1935, I, 51. — Civ., 5 décembre 1938, *D.H.*, 1939, 98. — 1^{re} Civ., 4 mai 1959, *S.*, 1960, 171 note A. Plancqueel ; *J.C.P.*, 1960, II, 11409, note H. Blin. — 1^{re} Civ., 8 novembre 1961, *Bull.* 1961, 1, n° 512, p. 404.

165. Très net en ce sens : T. civ., Lille, 30 avril 1958, *G.P.*, 1958, 2, 326 approuvé par M. H. Solus, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1959, p. 127.

On peut en rapprocher une décision qui fonde le refus de faire démolir sur l'usage local de construire les murs séparatifs « à cheval » sur la ligne divisoire des fonds : T. civ., Rennes, 27 février 1956, *G.P.*, 1956, I, 311 ; *S.*, 1956, 185 note A. Plancqueel. — Mais la Cour de cassation a manifesté son hostilité à l'égard de ce point de vue : 1^{re} Civ., 8 novembre 1961, *Bull.* 1961, I, n° 513, p. 405 ; *G.P.*, 1962, I, 203.

166. 1^{re} Civ., 9 octobre 1963, *G.P.*, 1964, I, 22. — 1^{re} Civ., 1^{er} juillet 1965, *J.C.P.*, 1966, II, 14499, note R.L.

Le choix de l'art. 555 au lieu de l'art. 661 pouvait dans une certaine mesure se justifier en équité avant la loi du 17 mai 1960 : Lorsque le propriétaire du fonds victime de l'empiètement n'entend pas faire démolir le mur mais en profiter, il doit une indemnité au constructeur. L'indem-

ordonner la démolition dans tous les cas d'empiétement, l'article 555 étant sûrement inapplicable.

235. — Pour échapper à cette issue rigoureuse, une suggestion ingénieuse a, il est vrai, été émise : le recours à la maxime *accessorium sequitur principale*. Loin de diviser la propriété d'un ouvrage entre les divers propriétaires du sol sur lequel il a été édifié, elle permettrait, dans le cas d'empiétement, d'attribuer la totalité de l'ouvrage *et la totalité du sol sur lequel il repose* au constructeur. Il ne s'agit pas de renverser le rapport d'accessoire à principal et de faire de la bande de terre supportant une partie de la construction un accessoire du bâtiment. Mais, dans cette conception, « la partie principale est constituée par le sol appartenant au constructeur et c'est le sol qui attire à lui non seulement l'ouvrage qui sera assis sur lui, mais encore la partie du mur élevée sur le fonds voisin et aussi le sol sur lequel cette partie de mur repose¹⁶⁷ ». Et cette position ne se fonde pas nécessairement sur une conception quantitative de l'accessoire, exclue en matière d'accession immobilière : l'édifice constitue un mode d'exploitation du terrain du constructeur. Or cet ouvrage utilise le support d'une partie du sol de l'autre fonds. On pourrait soutenir que, par l'intermédiaire du bâtiment, cette fraction du terrain voisin est affectée au service du fonds du constructeur¹⁶⁸.

Mais c'est précisément une lacune des textes sur l'accession :

nité de l'art. 555 était calculée d'après le coût de construction à l'époque où elle avait eu lieu, celle de l'art. 661 d'après la valeur du mur à l'époque de l'acquisition de la mitoyenneté. La solution de l'art. 555 était donc plus sévère pour le constructeur étant donné l'influence de la dépréciation monétaire. Il pouvait sembler juste de préférer ce mode de calcul pour sanctionner l'emprise réalisée. Depuis la loi du 17 mai 1960, le calcul de l'indemnité est le même dans l'art. 555 et dans l'art. 661 : le coût de construction, évalué au moment du paiement de l'indemnité. Dès lors, la seule différence entre les deux textes en notre hypothèse est que l'art. 555 donne à chacun une propriété divise de la portion de mur surplombant son propre terrain alors que l'application de l'art. 661 rend le mur mitoyen. L'hésitation ne devrait pas être permise entre une situation pratiquement absurde et une copropriété aménagée en vue de la communauté de voisinage.

167. A. Plancqueel, note sous T. civ., Rennes, 27 février 1956, S., 1956, 185.

168. Il ne semble pourtant pas que ce soit ainsi que l'entende M. Plancqueel.

Reprenant sa thèse dans une autre note (S., 1960, 172) il écrit en effet : « En principe, en vertu de la théorie de l'accession, le propriétaire du sol sur lequel un ouvrage a été édifié devrait pouvoir prétendre à la propriété de la partie du sol d'autrui sur laquelle cet ouvrage empiète, *même s'il a agi en connaissance de cause* ». Or l'affectation ne peut être le fait d'un possesseur de mauvaise foi (*infra*, n° 236). Mais il ne reste alors plus d'autre fondement à l'attraction du sol principal que la comparaison des valeurs et on sait que l'adage *major pars trahit ad se minorem* ne peut expliquer l'accession, car on ne peut le contenir dans des limites raisonnables (*supra*, nos 13 s., n° 187).

ils n'envisagent pas le rapport d'accessoire à principal résultant de l'affectation.

2° L'affectation et l'accession horizontale.

236. — On peut très bien concevoir que la destination assignée à un fonds soit le service d'un autre fonds. Si la théorie de l'accession était la consécration systématique et automatique de la maxime *accessorium sequitur principale*, la propriété des deux terrains devrait être réunie sur la tête du maître du principal. Or, nous l'avons signalé, les cas prévus par le Code supposent, pour que joue la règle de l'accessoire, un lien matériel unissant les deux éléments. Il est vrai que le rapport d'affectation a une base *subjective* qui risque de lui enlever la certitude propre à rassurer les tiers. Mais la destination peut se manifester de façon objective de telle sorte que l'aménagement d'un fonds en fonction de l'autre apparaisse, selon le mot d'un auteur, « réaliser une véritable incorporation ¹⁶⁹ ».

Outre qu'il pourrait être difficile de déterminer le seuil à partir duquel les signes objectifs de l'affectation sont assez évidents pour pouvoir entraîner la propriété du terrain, l'attitude du Code civil se comprend assez bien si la maxime *accessorium sequitur principale* n'est dans l'accession qu'un moyen de régler certains conflits nés du « rapprochement de deux biens ».

Il n'y a évidemment aucune difficulté si les propriétaires des deux immeubles ont convenu ensemble de les aménager de telle sorte que l'un serve à l'autre. Tout se règle d'après leur accord et il n'y a pas de raison que l'un d'eux perde sa propriété s'il ne l'a pas voulu.

Pour imaginer un conflit analogue à celui que crée la construction d'un édifice sur le terrain d'autrui, il faut supposer que le propriétaire d'un fonds est aussi possesseur d'un fonds contigu. Il aménage les terrains de telle sorte qu'ils constituent une unité économique dont le « noyau » est le fonds dont il est propriétaire. Là-dessus, le véritable propriétaire du terrain ainsi affecté au service de l'autre revendique son bien. Faut-il, pour préserver l'aménagement de l'ensemble, rejeter son action, faire jouer la maxime *accessorium sequitur principale* pour trancher le conflit en faveur du propriétaire du principal et, bien entendu, moyennant indemnité, transformer sa possession du fonds accessoire en propriété ?

La question ne peut raisonnablement se poser que si le possesseur était de bonne foi. Sinon, il serait vraiment trop facile à tout usurpateur de se créer un titre d'acquisition sans passer par les délais de prescription. De plus, sous l'angle économique, dans l'optique du Code civil, c'est le propriétaire ou celui qui se croit tel

169. R. Vouin, note sous Douai, 26 janvier 1948, *J.C.P.*, 1950, II, 5438 bis.

qui peut seul juger sainement de l'utilisation qu'il convient de faire d'un fonds. Il faut même qu'il ait possédé de bonne foi *l'ensemble* du terrain, car la meilleure destination d'une parcelle change selon qu'on l'envisage isolément ou comme un élément d'un fonds plus vaste, et ceci élimine déjà bon nombre de rapports d'affectation qui pourraient résulter d'un empiétement.

237. — En présence d'un possesseur de bonne foi, le recours à la maxime *accessorium sequitur principale* peut, du point de vue économique, apparaître satisfaisant dans une certaine mesure.

Il présente cependant des inconvénients :

— Si le fondement de la solution est le souci d'éviter la désorganisation de l'exploitation en maintenant ensemble deux biens qui sont réunis pour former une unité économique, la maxime *accessorium sequitur principale* n'atteint cet objectif qu'à condition qu'il existe effectivement un accessoire et un principal. Or les deux fonds peuvent apparaître complémentaires et réciproquement au service l'un de l'autre. A qui attribuer cet ensemble ? A celui qui paraît le plus apte d'assurer l'exploitation ? On pourrait alors présumer tel l'auteur de l'aménagement que l'on veut maintenir.

— Mais alors la maxime *accessorium sequitur principale* risque de se retourner contre cette idée : nous avons supposé que le fonds principal était celui dont l'auteur de l'aménagement était propriétaire. Mais, se croyant propriétaire des deux terrains, il peut avoir affecté le sien au service de celui dont il n'était en réalité que possesseur. Le jeu de la règle de l'accessoire lui ferait perdre non seulement sa possession, mais sa propriété au profit du revendiquant. Faudrait-il alors évincer la maxime *accessorium sequitur principale* ?

On voit que la situation risque d'être beaucoup plus délicate que dans l'hypothèse de constructions incorporées au sol. Il est assez compréhensible que le Code civil n'ait pas, pour cette fois, sacrifié la propriété à des intérêts économiques qui ont pu paraître moins évidents.

Le conflit est *a priori* moins grave que dans le cas de superposition de propriétés : il est impossible que le propriétaire d'une construction, sans droit sur le sol et que le propriétaire du sol sans droits sur la construction, exercent ensemble la plénitude de leurs prérogatives sans entrer en conflit. Au contraire, les deux propriétaires des deux fonds voisins peuvent user chacun de leur propriété sans se rencontrer, car le rapport de destination qui les mettait en contact peut être rompu sans pour autant entraîner la disparition de l'un des objets de propriété. La difficulté qu'il pouvait y avoir à réorganiser sur des bases nouvelles l'exploitation des deux immeubles n'a pas paru telle qu'elle justifiait que l'on fît céder le droit de propriété.

D'autant plus qu'à l'intérêt économique qu'aurait pu présenter le maintien d'ensembles vastes se prêtant à une utilisation plus

rationnelle s'opposait, pour les rédacteurs du Code civil, le souci politique d'éviter la reconstitution de domaines propres à faire renaître la féodalité.

Cette attitude est évidemment aujourd'hui dépassée, comme en témoignent les réformes des articles 832 et 866 intervenues précisément pour éviter le morcellement de biens constituant des unités économiques.

Est-ce à dire que la reconnaissance « du droit d'accession sur ce qui est affecté au service de la chose » est proche en matière immobilière ?

238. — On pourrait chercher le signe de cette évolution dans la transposition de l'accession dans le régime matrimonial de communauté.

La question s'est posée sous l'empire des textes antérieurs à la loi du 13 juillet 1965. Il était admis qu'une construction élevée aux frais de la communauté sur un terrain propre à l'un des époux était elle-même propre¹⁷⁰. Pour obtenir une solution analogue lorsqu'un fonds, acquis à l'aide de deniers communs, était affecté au service d'un immeuble propre, la pratique notariale avait imaginé d'insérer aux contrats de mariage la clause dite « d'annexes de propres », cette clause pouvant d'ailleurs revêtir deux formes techniques, toutes deux licites¹⁷¹.

— Soit une stipulation de propre écartant de la communauté dès leur acquisition les biens destinés à être annexés à un propre ou à lui servir de dépendance, naturellement à charge de récompense¹⁷².

— Soit une clause de préciput facultatif à titre onéreux permettant à l'époux de prélever lors de la dissolution de la communauté le bien qui constitue une annexe d'un de ses propres¹⁷³.

Chacune de ces formes présentait ses avantages et ses inconvénients¹⁷⁴.

Mais en l'absence d'une telle clause, aurait-on pu faire jouer

170. *Supra*, n° 228.

171. M. Nast, note sous Trib. civ. Laval, 25 janvier 1939, *D.P.*, 1939, 2, 60.

172. Paris, 27 février 1933, *G.P.*, 1935, I, 14 (sous note). Amiens, 9 novembre 1954, *G.P.*, 1955, I, 6 ; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1955, p. 95 obs. G. Lagarde. — Bordeaux, 11 juin 1958, *D.*, 1959, 10, note M. le Galcher-Baron ; *Rev. soc.*, 1958, 294, note J. Autesserre. — T.G.I. Seine, 10 février 1961, *G.P.*, 1961, I, 430. — Paris, 9 février 1965, *G.P.*, 1965, I, 421.

173. T. civ., Lisieux, 21 novembre 1934, *G.P.*, 1935, I, 11 ; *S.*, 1939, 2, 102. — Paris, 20 janvier 1948, *J.C.P.*, 1948, II, 4238, note P. Voirin ; *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1948, p. 328, obs. G. Lagarde. — Civ., 19 mars 1952, *J.C.P.*, 1952, II, 6935. — Amiens, 9 février 1960, *G.P.*, 1960, 2, 159 ; *J.C.P.*, 1961, II, 11902, note P. Voirin ; *Journ. Not.* 1960 art. 46310 note Viatte.

174. Cf. G. Dalimier, « Les clauses d'annexe de propres et les clauses de prélèvement à titre onéreux dans les contrats de mariage », *J.C.P.*, 1953, éd. N. I, 1068.

la maxime *accessorium sequitur principale* pour faire échapper à la communauté un terrain affecté au service d'un propre ?

Dans la conception qui semblait inspirer la jurisprudence relative à l'accession dans le cadre des régimes matrimoniaux, la réponse négative s'imposait¹⁷⁵ : si une construction n'était pas considérée comme une chose distincte du sol mais comme une simple amélioration de celui-ci, il n'était pas possible de pousser la fiction au point de prétendre que l'achat d'un nouveau terrain ne constituait pas l'acquisition d'une chose nouvelle. L'idée que la dépendance physique du bâtiment à l'égard du sol faisait perdre à l'édifice toute individualité ne pouvait sans excès être étendue à un simple lien de dépendance économique.

Mais si l'on reconnaissait que l'adhérence au sol n'entraînait pas nécessairement perte de l'individualité de la chose et qu'une construction ne se confondait pas avec le terrain sur lequel elle était élevée, on aurait pu soutenir « qu'il est pourtant difficile d'admettre que les époux qui peuvent accroître presque indéfiniment la valeur de leurs immeubles propres par des constructions n'auraient pas le droit d'améliorer ces immeubles propres par des *agrandissements* et qu'en réalité la question qui se pose est celle de savoir si l'acquisition faite par l'époux constitue simplement comme il le dit, un acte de bonne administration, ou s'il s'agit d'une acquisition toute nouvelle¹⁷⁶ ». La seule difficulté serait de démontrer la réalité du rapport d'accessoire à principal résultant de l'affectation, l'existence d'un tel rapport n'ayant pas l'évidence de l'incorporation matérielle. Ce point de fait étant établi, pourquoi y aurait-il une différence selon l'origine de la relation d'accessoire à principal ?

239. — Cette différence a cependant été maintenue par les textes actuels : l'article 1406 nouveau décide que « forment des propres, sauf récompense s'il y a lieu, les biens acquis à titre d'accessoires d'un bien propre... » Tandis que l'article 1475 alinéa 2 dispose : « Si un immeuble de la communauté est l'annexe d'un autre immeuble appartenant en propre à l'un des conjoints, ou s'il est contigu à cet immeuble, le conjoint propriétaire a la faculté de se le faire attribuer par imputation sur sa part ou moyennant soulte, d'après la valeur du bien au jour où l'attribution est demandée. »

Il serait possible d'interpréter ces textes comme réalisant le cumul des deux types de clauses d'annexes de propres : un fonds qui, au moment de son acquisition serait accessoire d'un immeuble

175. T. civ., Limoges, 18 octobre 1946, *D.*, 1947, 440, note A. Weill ; *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1947, p. 48, obs. G. Lagarde. — Douai, 26 janvier 1948, *S.*, 1949, 2, 1 note P. Raynaud ; *J.C.P.*, 1950, II, 5438 *bis*, note R. Vouin ; *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1950, p. 182, obs. G. Lagarde.

176. Poitiers 4 juin 1940, *D.H.*, 1940, 155 ; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1940-1941, p. 261, obs. Mme Béquignon-Lagarde, cf. A. Weill note précitée, *D.*, 1947, 440.

propre parce qu'affecté dès cet instant à son service, serait propre immédiatement. Un immeuble qui n'aurait pas été acquis en vue d'améliorer l'exploitation d'un propre serait commun. Mais s'il était par la suite affecté au service d'un fonds propre de telle sorte qu'il en constitue une annexe lors de la dissolution de la communauté, l'époux propriétaire du principal pourrait se faire attribuer l'accessoire dans le partage.

Mais il est beaucoup plus sûr de considérer que la loi a conservé la terminologie consacrée par la pratique dans les contrats de mariage et n'a pas rangé parmi les accessoires les terrains affectés au service d'un immeuble propre, leur réservant la dénomination d'annexes. Cette attitude correspond d'ailleurs à une observation très juste : si le rapport de destination peut exister entre deux fonds de terre, le rapport d'accessoire à principal qui en résulte est *superficiel* en raison de la nature de l'immeuble. Le sol est perpétuel et la propriété qui porte sur lui est aussi, en principe, perpétuelle. Dès lors, si le but qui avait été assigné par le propriétaire ne peut plus être atteint, on ne peut dire avec certitude que le fonds a perdu à jamais toute utilité. Dans une perspective à très long terme, il peut toujours retrouver une autre destination. On ne peut parler d'affectation exclusive que pour un temps. A la différence de certains meubles dont la destination peut être inhérente à leur nature, le sol, parce qu'au delà de sa forme actuelle il représente une portion de l'espace terrestre, se prête à une infinité d'utilisations. Il est donc normal de marquer par une terminologie particulière la relative précarité de la qualité d'accessoire que peut revêtir un fonds.

Si donc les constructions figurent au nombre des accessoires que l'article 1406 répute propres dès l'origine, les terrains affectés au service d'un propre ne sont visés que par l'article 1475. L'accession immédiate est écartée en ce qui les concerne et la situation se règle comme en présence d'une clause d'annexe établissant un préciput facultatif à titre onéreux¹⁷⁷.

240. — Cette solution paraît effectivement préférable.

Les difficultés pouvant résulter d'une dualité d'administration du principal et de l'accessoire ne sont pas irréductibles. Si le conflit apparaît, en admettant que le recours à l'article 220-1 ne permette pas de le résoudre, il est toujours possible de changer la destination du fonds.

Et c'est précisément parce que l'affectation d'un terrain au

177. L'art. 1475 n'établit cependant pas un véritable préciput : Le préciput est le droit de prélever *avant* le partage, sur la masse commune, certains biens déterminés. Il touche donc à la composition de la masse. L'art. 1475 ne vise que sa répartition : c'est *par voie de partage* que l'époux propriétaire du principal peut se faire attribuer l'accessoire.

Sur cette distinction (en matière d'attribution préférentielle) cf. P. Gervésie, note sous Grenoble, 27 janvier 1965, *D.*, 1965, 330.

profit d'un autre n'est pas inscrite dans sa nature que la disposition de l'article 1475 est heureuse.

Alors qu'une construction ne peut être qu'accessoire du sol tant qu'elle existe, un fonds peut avoir été acquis en vue d'améliorer l'exploitation d'un propre et voir, au cours du mariage, sa destination changer. Il serait gênant pour les tiers qu'un bien pût passer du patrimoine propre au patrimoine commun au gré des variations de son utilisation. Or, si les époux qui font un contrat de mariage peuvent convenir d'exclure définitivement de la communauté un bien qui était l'annexe d'un propre lors de son acquisition, car ils auraient pu aussi supprimer toute communauté de biens entre eux, il ne serait pas justifié que la loi, organisant le régime légal, maintînt en dehors de la communauté un bien acquis avec les économies des époux et qui aurait cessé d'être accessoire d'un propre.

Cependant, si, à la dissolution de la communauté, le rapport d'affectation existe entre un immeuble commun et un immeuble propre, il est souhaitable de ne pas abandonner au hasard l'attribution du bien accessoire, ce qui pourrait contraindre à une réorganisation coûteuse de l'exploitation de deux fonds. Mais cet aménagement du partage, à la différence de l'accession, n'apporte pas d'exception au jeu des règles normales du droit privé. La communauté a cessé d'exister et chacun des époux a vocation à recevoir, par voie de partage, les biens composant l'actif commun.

Si « l'égalité est l'âme du partage », elle n'est pas compromise par une répartition des biens moins aveugle que le tirage au sort. Cette constatation n'est pas nouvelle et inspire déjà l'attribution préférentielle des articles 832 et 832-1.

241. — Une telle solution ne peut évidemment être transposée au conflit entre un possesseur et un propriétaire. Le rapport d'affectation entre deux fonds ne crée pas une indivision dont l'issue serait un partage.

Or, les raisons qui ont fait écarter le jeu de l'accession « horizontale » dans les régimes matrimoniaux, en dehors de clauses de réalisation dans les contrats de mariage, se retrouvent avec la même force.

L'aménagement de deux fonds unis par un rapport de destination n'est pas immuable.

Il est vrai que les modes actuels d'exploitation des biens nécessitent des installations toujours plus coûteuses et que le conflit apparaît aujourd'hui plus sérieux. Mais en même temps l'évolution économique contemporaine se caractérise par l'extrême rapidité des changements nécessitant des adaptations, des reconversions incessantes. Si bien que l'opposition s'accroît entre le caractère temporaire de l'affectation et le caractère *définitif* du transfert de propriété qui résulterait de l'accession.

Faire jouer la maxime *accessorium sequitur principale* lorsque le rapport d'accessoire à principal dérive de l'affectation serait

préférer des intérêts économiques immédiats au respect de la propriété, contrairement aux principes qui inspirent toute la réglementation de l'accession dans le Code civil ¹⁷⁸.

Si la maxime *accessorium sequitur principale* était en elle-même douée d'une force particulière en matière de propriété, on ne comprendrait pas de telles lacunes dans le droit d'accession. On comprendrait encore moins que certaines difficultés envisagées sous la rubrique de l'accession elle-même n'aient pas été, pour les rédacteurs du Code civil, l'occasion de consacrer la règle de l'accessoire.

b) Les difficultés résolues sans le secours de la règle de l'accessoire dans le droit de l'accession.

Ce n'est que pour « l'accession immobilière artificielle » que le rapport d'accessoire à principal joue un rôle déterminant pour la solution des conflits envisagés et les autres questions résolues sous la même rubrique de l'accession le sont sans faire appel à la maxime *accessorium sequitur principale*.

1° Le voisinage des cours d'eau.

242. — « L'accession naturelle » résultant du voisinage des cours d'eau n'est pas, à proprement parler, une mise en œuvre de la maxime *accessorium sequitur principale*. A dire vrai, le terme « accession » ne s'applique guère à ces hypothèses que par analogie avec l'acquisition des constructions ou plantations ¹⁷⁹.

L'affirmation peut surprendre, car l'alluvion est souvent présentée comme le type le plus pur d'accession, parce que le phénomène d'incorporation reste sur un plan matériel et n'est pas perturbé par l'activité humaine. On y voit un cas d'accroissement horizontal d'un fonds, tandis que « l'accession artificielle immobilière », en réalise un accroissement vertical. Cette conception est,

178. Le maintien systématique des unités d'exploitation supposerait que l'on se place délibérément dans une perspective à court terme. Si un tel changement d'optique par rapport au Code civil se produisait aujourd'hui, il est probable que l'on n'accorderait pas le même crédit à la bonne foi du possesseur et qu'on n'en tirerait pas une présomption de conformité de l'aménagement avec l'intérêt général. On s'en remettrait à l'autorité publique pour organiser :

1° Un contrôle de l'utilité de l'aménagement actuel pour l'économie nationale ;

2° L'attribution de l'ensemble à celui qui serait le mieux à même d'en assurer l'exploitation...

On voit que ce serait transformer sérieusement les conceptions qui sont encore aujourd'hui à la base de l'organisation du droit de propriété.

179. On peut remarquer que le Code civil traite de « l'accession artificielle » *avant* « l'accession naturelle ».

nous l'avons vu, inexacte en ce qui concerne la propriété des constructions et plantations. Elle est beaucoup plus fondée en ce qui concerne « l'accession naturelle ». Mais cela ne signifie pas que la maxime *accessorium sequitur principale* soit le fondement de la solution.

Il faut d'ailleurs préciser cette notion d'accroissement du fonds riverain.

243. — La règle de l'accessoire serait à coup sûr écartée s'il y avait absorption matérielle des terres alluvionnaires par le terrain sur lequel elles se fixent. S'il n'y a plus qu'une chose dont les éléments ne peuvent être individualisés, où seraient l'accessoire et le principal ? Pour qu'il y ait un rapport d'accessoire à principal, les deux termes de ce rapport doivent être identifiables. Mais y a-t-il réellement confusion entre l'ancienne rive et les terres nouvellement émergées ? Il y a adjonction d'un terrain nouveau et non transformation du sol ancien.

Les limites des fonds se définissent en principe sur un plan horizontal, l'utilisation du cadastre en liaison avec la publicité foncière en fait foi. Tout terrain qui émerge en dehors de ces limites constitue normalement l'objet d'une propriété distincte et ne peut être considéré comme une simple plus-value du fonds voisin.

Mais cela ne signifie pas qu'on puisse voir dans l'alluvion un accessoire et un principal au sens juridique.

Il est vrai qu'au point de vue *physique*, on peut dire que la rive sert de support au terrain alluvionnaire : c'est ce rivage qui arrête les particules de terre charriées par les eaux. C'est à la berge que se fixent les atterrissements qui s'appuient sur elle.

Mais peut-on dire que, du point de vue *juridique*, la propriété du fonds auquel s'est joint le terrain alluvionnaire sert de support à la propriété de l'atterrissement ? On ne voit pas le point de contact entre les deux droits. Il y a, en somme, deux fonds voisins qui peuvent, théoriquement, faire l'objet de deux propriétés absolument indépendantes. L'exercice du droit de propriété sur l'atterrissement ne rencontre pas nécessairement la propriété de la rive sur laquelle la terre s'est fixée et la jouissance des terres alluvionnaires ne passe pas obligatoirement par le fonds voisin, car il n'existe pas d'emblée de rapport d'affectation entre les deux terrains.

244. — En réalité, il n'y a pas lieu de faire jouer la maxime *accessorium sequitur principale*. C'est l'idée de l'accroissement du fonds qui est exacte. Mais à condition de ne pas l'entendre comme la simple constatation d'une réalité matérielle, mais comme une conséquence d'une définition *juridique* de l'assiette de la propriété.

— Si la frontière séparant deux fonds est établie de manière stable « qui peut être matérialisée par des bornes et tracée sur un

plan¹⁸⁰ », peu importe que l'eau recouvre totalement ou partiellement l'un des fonds ou les deux terrains voisins. Les mouvements de l'eau ne changent rien à la délimitation des propriétés et ne peuvent rien faire perdre ni acquérir à l'un ou à l'autre des deux propriétaires.

— Si, au contraire, la limite d'un fonds est définie par rapport à un cours d'eau, soit que cette limite passe au milieu de la rivière, soit qu'elle soit déterminée par la ligne d'intersection de la terre et de l'eau, une telle frontière est alors mouvante et la surface du fonds s'accroît ou se réduit avec les déplacements du cours d'eau¹⁸¹.

C'est ainsi que le propriétaire du fonds riverain acquiert l'alluvion¹⁸².

Une telle explication est fort différente de la théorie de l'absorption des terres alluvionnaires par la berge. Dans le système de l'identification des atterrissements à la rive où il se fixent, il n'y a matériellement qu'un seul terrain, d'où la conséquence juridique qu'il appartient en entier au même propriétaire. Il est alors très difficile d'expliquer de façon satisfaisante que cette conséquence ne soit pas toujours tirée par la loi et que l'article 558 décide que « l'alluvion n'a pas lieu à l'égard des lacs et des étangs »...

Dans la conception d'une délimitation mouvante de l'assiette de la propriété, au contraire, il est exact qu'il n'y a *juridiquement* qu'un seul fonds, mais il y a eu *matériellement* adjonction d'un terrain nouveau à l'ancien. Tout dépend d'une méthode de fixation des limites de la propriété, choisie plus ou moins arbitrairement, et non d'une nécessité physique.

245. — Si l'alluvion n'a pas lieu à l'égard des lacs et des étangs, c'est que les frontières des fonds riverains sont fixées de façon immuable. Et « la disposition de l'article 558 en ce qui concerne les terres riveraines des lacs et étangs, doit être étendue à toutes les propriétés qui ont une limite déterminée et indépendante de la limite des eaux qui les avoisinent¹⁸³ ». Mais ces limites fixes ne sont aisées à établir que lorsqu'il s'agit d'eaux dormantes.

S'agissant d'eaux courantes, au contraire, il est très difficile de matérialiser une limite qui peut passer dans l'eau. Des repères fixés sur la rive risquent d'être arrachés par le fleuve. Il est alors très

180. Chambéry, 7 décembre 1964, *D.*, 1965, note Chavrier, *J.C.P.*, 1965, II, 14184 note M.B.

181. Ce qui s'entend naturellement d'un changement assez durable et du régime normal des eaux coulant à pleins bords, la limite de la propriété ne variant pas continuellement au gré des crues et décrues :

Cass., 8 décembre 1863, *P.*, 1864, 525. — Req., 29 juillet 1872, *P.*, 1874, 651. — Grenoble, 11 décembre 1872, *P.*, 1873, 855. — Rennes, 13 mai 1884 et Cass., 4 mai 1885, *P.*, 1887, I, 1138. — 1^{re} Civ., 29 novembre 1960, *Bull.*, 1960, I, n° 521, p. 425.

182. « Il y a là des chances aléatoires de part et d'autre et c'est avec raison qu'Henry disait : « Ces fleuves sont comme la fortune : ils donnent et ils ôtent »... (Demolombe, X, n° 5.)

183. Demolombe, X, n° 44.

délicat de situer avec précision la ligne idéale qui limiterait la propriété¹⁸⁴.

Le rappel de ces principes a permis à la Cour de Chambéry de décider par un arrêt en date du 7 décembre 1964 que l'article 558 était inapplicable aux alluvions du lac Léman, dont la limite est déterminée par la hauteur de l'eau¹⁸⁵. Une loi du 16 décembre 1964 est venue anéantir cette solution en décidant qu'« en ce qui concerne les lacs domaniaux, les dispositions de l'article 558 du même Code (civil) sont applicables ». Si « un si bel arrêt méritait, pour soumettre la jurisprudence, un moins médiocre texte de loi¹⁸⁶ », dont les conséquences sont pleines d'inconvénients pratiques¹⁸⁷, on ne peut dire que ce texte est contraire à la nature des choses : « L'accession naturelle » est une règle juridique et non un phénomène physique.

C'est d'ailleurs pourquoi le Code civil lui-même n'a pas poussé jusqu'à l'extrême les conséquences de la délimitation mouvante de la propriété foncière.

Lorsque la rivière change complètement de lit, le propriétaire de l'ancienne rive ne peut aller fixer les nouvelles frontières de son terrain où se trouve l'eau désormais. La loi considère que le fonds s'arrête à la limite de l'ancien lit et dispose d'une façon équitable du terrain découvert¹⁸⁸.

De même, dans l'hypothèse de l'avulsion, lorsqu'une « partie considérable et reconnaissable d'un champ riverain » vient brusquement se joindre au fonds, le maintien du système du déplacement de la frontière jusqu'à la limite de l'eau apparaîtrait comme une spoliation du propriétaire de la parcelle enlevée par la rivière. Aussi a-t-il semblé plus équitable de lui accorder le droit de réclamer, dans l'année, sa propriété¹⁸⁹.

184. On peut ajouter que le propriétaire d'un étang peut l'assécher au moins partiellement pour exploiter utilement la terre découverte (sur l'assec et l'évolage, cf. Rép. Fuzier-Herman, v. Etang, nos 134 s.), tandis qu'il est difficile d'utiliser une mince bande de terre déposée le long d'une rive, sans l'exploiter en même temps que le fonds auquel elle adhère. A cet égard, cette dernière situation se rapproche pratiquement de celle qui est issue d'un rapport d'accessoire à principal.

185. Arrêt précité, *D.*, 1965, 123 note Chavrier, *J.C.P.*, 1965, II, 14184, note M.B. ; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1965, 374 obs. Bredin.

186. J. D. Bredin, observations précitées, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1965, 374.

187. Cf. la note Chavrier précitée, *D.*, 1965, 123.

188. L'art. 563 attribuait à titre d'indemnité l'ancien lit aux propriétaires des fonds où s'est creusé le nouveau lit. La loi du 8 avril 1898 a adopté un système plus favorable à l'exploitation du sol : Le terrain découvert est vendu et les riverains ont un droit de préférence pour l'acquérir, ce qui permet une exploitation commune avec les fonds voisins. Le prix est versé à titre d'indemnité aux propriétaires des terrains envahis par le nouveau cours de la rivière.

189. On remarquera que la parcelle en question doit être « considérable », ce qui permet de supposer qu'elle se prête à une exploitation distincte de celle du fonds auquel elle est venue s'accoler.

Et ce sont encore des considérations d'équité ou le simple souci d'éviter des contestations qui justifient les règles concernant les îles ou îlots.

Tout ceci se règle sans qu'intervienne la maxime *accessorium sequitur principale*. Ce sont des solutions pratiques à des problèmes concrets et non un système théorique élaboré dans l'abstrait¹⁹⁰.

On voit donc que les solutions pratiques données par le Code civil au chapitre du « droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose » ne se résument pas en une application pure et simple de la maxime *accessorium sequitur principale*. L'idée de voir dans le jeu éventuel de la règle de l'accessoire un attribut de la propriété paraît une illusion de « l'esprit de système ».

L'élégant schéma théorique du Code civil ne peut alors être maintenu, d'autant plus qu'il faut bien reconnaître que la matière du « droit d'accession sur ce qui est produit par la chose » obéit à des principes fort différents des autres cas d'accession.

2° L'accession par production et l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi.

246. — Les critiques quasi-unanimes adressées au Code civil pour avoir fait du droit aux fruits un cas d'accession se justifient. Non parce qu'il s'agit de « discission » au lieu d'accession : si les fruits sortent de la chose productrice, ils constituent néanmoins des choses nouvelles et le propriétaire du principal accède à la propriété de ces accessoires. La différence n'est pas dans le mode d'apparition des choses qui s'ajoutent à la chose principale, car nous avons assez montré que l'accession n'est pas un phénomène naturel mais un ensemble de règles juridiques. Mais, précisément, c'est du point de vue juridique que l'acquisition des fruits se sépare des autres hypothèses rangées sous le même vocable d'accession. Car si l'acquisition par le propriétaire du principal des accessoires qui viennent s'y incorporer n'est qu'un moyen, parmi d'autres, de résoudre un conflit latent né du « rapprochement » de deux biens, le *jus fruendi* est un véritable attribut de la propriété. C'est là que se trouve le « mélange de principes qui tiennent à des ordres d'idée complètement différents et qu'il importe, en bonne théorie, de distinguer soigneusement¹⁹¹ ».

190. De même l'art. 564 selon lequel « les pigeons, lapins, poissons, qui passent dans un autre colombier, garenne ou étang, appartiennent au propriétaire de ces objets, pourvu qu'ils n'y aient point été attirés par fraude » s'explique parce que ces animaux sont identifiés par leur habitat. Une autre solution se heurterait à des difficultés de preuve. C'est pourquoi si le propriétaire d'animaux de basse-cour peut les réclamer, c'est à condition de déclarer leur fuite à la mairie (décret du 16 avril 1955, art. 202 du Code rural) et le propriétaire d'un essaim d'abeilles peut le réclamer tant qu'il n'a pas cessé de le suivre (loi du 4 avril 1889, art. 209 du Code rural).

191. Aubry et Rau, V^e éd. II, § 192, note 1.

Le seul point commun entre les différentes situations est qu'effectivement, le jeu des règles édictées aboutit parfois à ce que le propriétaire du principal soit aussi propriétaire de l'accessoire¹⁹². C'est très insuffisant pour construire une théorie unitaire.

Certes, le Code civil envisage sous la rubrique « du droit d'accession sur ce qui est produit par la chose » la solution de conflits nés de la revendication du fonds intentée par le propriétaire contre le possesseur et on pourrait y voir une analogie avec les situations envisagées aux articles 551 et suivants.

L'article 549 décide que le possesseur de bonne foi fait les fruits siens. Seul le possesseur de mauvaise foi est tenu de les restituer au propriétaire qui revendique la chose productrice.

Peut-on voir dans cette disposition un conflit symétrique de ceux qui forment la matière de l'accession par incorporation ?

247. — A première vue, on ne discerne pas d'où pourrait venir ce conflit. A quel titre le possesseur pourrait-il prétendre à la propriété des fruits ? Est-ce parce qu'il a dû engager des frais et dépenser son travail pour l'opération de production¹⁹³ ? On pourrait invoquer la place qu'occupe l'article 549, immédiatement après un texte qui précise que « les fruits produits par la chose n'appartiennent au propriétaire qu'à la charge de rembourser les frais des labours, travaux et semences faits par les tiers ». Mais outre qu'il existe des fruits qui ne demandent aucun soin, l'article 548 ne conduirait pas plus loin qu'à accorder une indemnité au possesseur.

Pour maintenir une analogie entre la production et l'incorporation, il faut tenir un raisonnement qui met en cause le principe de l'acquisition des fruits

Les fruits, dès qu'ils apparaissent, sont des choses nouvelles. Il va donc y avoir création d'un droit de propriété nouveau. Or, le mode originaire d'acquisition de la propriété est l'occupation. Les fruits appartiennent donc à l'occupant. Mais, comme ils adhèrent à la chose productrice, l'occupation ne peut être le fait que du possesseur de cette chose¹⁹⁴. La règle serait donc l'acquisition des fruits par le possesseur et si, en général, le propriétaire de la chose est propriétaire des fruits, c'est qu'il est aussi possesseur.

Lorsque la propriété et la possession sont dissociées, le conflit

192. Non seulement, nous l'avons vu, la maxime *accessorium sequitur principale* n'est pas toujours appliquée dans l'accession « sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose », mais le droit aux fruits ne rencontre sûrement la règle de l'accessoire que dans le cas des « fruits naturels ». Les « fruits civils » constituent davantage un prix de l'usage de la chose et naissent détachés de cette chose dont ils ne sont pas à proprement parler des accessoires.

193. C'était la solution du droit romain antérieur à Justinien (cf. H.L.J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, II, n° 1576).

194. L'occupation dans ce système est entendue du fait d'une personne. L'idée d'une occupation réelle par le fonds lui-même doit en effet être écartée. *Supra*, n° 185.

naît avec la revendication du propriétaire : le possesseur a acquis les fruits dès qu'ils ont pu être individualisés. Mais le propriétaire peut entendre exercer tous ses droits sur le fonds. Or, les fruits non détachés sont accessoires. Il est impossible d'exercer le droit de propriété sur ces accessoires sans passer par le droit de propriété sur la chose principale. Ce conflit sera donc résolu au moyen de la maxime *accessorium sequitur principale* : les fruits accessoires, c'est-à-dire les fruits pendants, seront acquis par accession par le propriétaire du sol.

Quant aux fruits perçus, qui ne sont plus accessoires, il n'y a pas de difficulté si le possesseur évincé en conserve la propriété. Seulement, il faut tenir compte des données économiques : il est important, pour une bonne utilisation du fonds, de se montrer prudent en lui faisant produire des fruits et en les détachant. D'autant plus que la notion de fruits est elle-même assez souple puisqu'il existe, à côté des fruits par nature, des fruits par destination¹⁹⁵. L'exemple classique des coupes de bois qui constituent des fruits ou des produits selon l'aménagement des fonds montre que le rythme de production des fruits peut varier dans une large mesure selon le mode d'exploitation choisi¹⁹⁶. Le possesseur de mauvaise foi n'a en vue que son intérêt immédiat et il est à craindre qu'il n'épuise le sol, à la différence du possesseur de bonne foi qui, se croyant propriétaire, aura soin de ne pas compromettre l'avenir par une production intensive. Afin de compenser la diminution de la valeur du fonds due à une utilisation imprévoyante, le possesseur de mauvaise foi devra donc restituer au propriétaire revendiquant les fruits perçus.

248. — Ce raisonnement ne se justifie que par le souci de maintenir l'unité d'une théorie de l'accession englobant à la fois la production et l'incorporation, en donnant, dans les deux séries d'hypothèses, le même sens au mot accession. Il n'est guère besoin d'insister pour montrer que cette tentative est vaine et que cette conception ne correspond pas au droit positif.

Le système ne convient pas pour expliquer le sort des fruits civils. Mais surtout, il tombe dans l'excès inverse de celui de la théorie qui faisait de l'accession en général un attribut de la propriété : le droit aux fruits ne fait plus ici partie de la propriété et il ne reste qu'un conflit particulier tranché en partie au moyen de la maxime *accessorium sequitur principale*. Or, il ne fait aucun doute que, dans notre droit, le *jus fruendi* est un attribut de la propriété. L'article 544 est formel. Dès lors toute la construction s'effondre : dès leur apparition les fruits appartiennent au propriétaire de la chose productrice, parce que son droit de propriété comporte en lui-même à l'état virtuel cette propriété nouvelle. Ils lui

195. Ch. Croizat, « La notion de fruits en droit civil, en droit commercial et en droit fiscal », thèse, Lyon, 1925.

196. Ch. Croizat, thèse, p. 18 s.

appartiennent même s'il n'est pas possesseur. Ils ne sont donc jamais *res nullius* et il n'y a pas de place pour l'occupation¹⁹⁷.

L'article 549 n'a rien à voir avec un conflit entre deux propriétaires que met en contact le rapport d'accessoire à principal unissant leurs biens. C'est une règle originale fondée sur l'équité

« Il serait trop rigoureux d'obliger le possesseur de bonne foi à restituer des revenus sur lesquels il a cru pouvoir compter pendant plusieurs années et qu'il a dépensés¹⁹⁸ ».

Il n'est de plus nul besoin de faire appel à la maxime *accessorium sequitur principale* pour trancher la difficulté. Les données mêmes du problème écartent d'office tout conflit pouvant naître du rapport d'accessoire à principal : s'il s'agit d'éviter la répétition des fruits, il ne peut être question que de fruits perçus, par conséquent, détachés de la chose.

On ne peut donc voir dans l'article 549 une hypothèse voisine de celles qui sont envisagées au chapitre « du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose ». La symétrie résultant du plan suivi par le Code civil est trompeuse.

249. — Un exemple, montre le danger de cette présentation élégante, mais inexacte :

L'article 856 décide que « les fruits et les intérêts des choses sujettes à rapport ne sont dûs qu'à compter du jour de l'ouverture de la succession », et, des dispositions analogues existent en matière de réduction pour atteinte à la réserve (art. 928) ou de révocation des libéralités (art. 958 et 962). Ces textes peuvent-ils être étendus par analogie au cas, non prévu, d'une donation portant directement sur des fruits ou des revenus ?

Pour que la question se pose, il faut évidemment considérer

197. H.L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, II, n° 1568.

198. H.L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, II, n° 1567.

On pourrait aussi songer à invoquer l'art. 2279. A cet égard, on objecte que l'art. 2279 « vise la chose elle-même et non ses fruits » (H.L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, n° 1568). Cette critique ne porte pas. En effet, les fruits sont eux-mêmes des choses. Dès lors les solutions de l'art. 549 pourraient s'expliquer par la règle « en fait de meubles, possession vaut titre » :

1° Ne peut invoquer cette règle que le possesseur de bonne foi (Marty et Raynaud, *Droit civil*, II, 2, n° 394 et les références) ;

2° Le possesseur acquiert les fruits par la perception :

a) En ce qui concerne les fruits naturels : Le possesseur de bonne foi en a la possession en même temps que celle du fonds qui les porte. Tant qu'ils sont pendants par branches et par racines, ce sont des immeubles. L'art. 2279 ne peut donc être invoqué. Mais dès qu'ils sont détachés (perçus) ils deviennent des meubles, et l'art. 2279 peut intervenir.

b) Quant aux fruits civils, ce sont des meubles dès l'origine, mais il faut les percevoir pour en avoir la possession.

Cependant, il est certain que les précédents historiques militent contre cette explication de l'art. 549 : Le droit romain qui ne connaissait pas de règle analogue à notre art. 2279 attribuait déjà les fruits au possesseur de bonne foi.

que les donations de fruits et de revenus sont de véritables donations, au sens technique du terme¹⁹⁹. Ce point étant supposé acquis, il semble que la solution dépende du fondement des textes en question.

Si l'on raisonne sur l'hypothèse de l'avancement d'hoirie, on peut poser que le donataire doit rapporter ce qu'il a reçu, mais rien que ce qu'il a reçu. Or, l'article 856 ne dirait rien d'autre : le donataire qui a été gratifié d'une chose frugifère n'a reçu que cette chose. Les fruits n'ont pas été transmis par le donateur. Leur acquisition par le donataire a une cause en dehors de la libéralité, « l'acquisition²⁰⁰ ». Le rapport de la chose seule est dû²⁰¹. Mais ceci ne vaut pas lorsque les fruits constituent l'objet même de la libéralité.

Il est facile de répondre que s'il est exact que le donateur n'a pas transmis lui-même au donataire des fruits qui n'existaient pas encore au moment de la donation, il a transmis la propriété de la chose, qui comporte le droit de se dire propriétaire des fruits.

Dès lors, « le donataire de la pleine propriété reçoit par l'acte de libéralité tout aussi bien le droit aux fruits que le droit au capital ; il est donc faux de dire que l'acquisition des fruits ait sa cause hors de l'acte à titre gratuit. Celui-ci en est la source tout comme dans le cas où la donation porte directement sur les fruits et revenus²⁰² ».

Pour considérer que l'acquisition des fruits par le donataire de la chose productrice a une cause indépendante de la donation, il faudrait admettre que l'appropriation des fruits se fait par l'occupation, ce qui reviendrait à nier le *jus fruendi*, attribut de la propriété.

En réalité, il faut encore expliquer que le donataire d'une chose frugifère en conserve les fruits par le souci de ne pas l'exposer à la restitution de revenus en fonction desquels il a organisé ses dépenses. A quoi s'ajoute, dans le cas de l'avancement d'hoirie, la volonté présumée du donateur de dispenser le donataire du rapport des fruits. Ces raisons valent alors aussi bien pour la donation portant directement sur des fruits ou des revenus²⁰³.

Cette considération ne suffit peut-être pas à résoudre une question complexe à propos de laquelle la jurisprudence est particuliè-

199. Sur cette question cf. J.J. Dupeyroux, thèse, n° 388 et suiv., p. 387 et suiv.

200. Le Balle, « Rapport et réduction des libéralités portant sur des fruits et revenus », *Rev. crit.*, 1926, p. 541 s.

201. Les fruits perçus depuis le décès sont rapportables car la chose frugifère fait retour à la masse dès ce moment.

202. H. Desbois, « Les donations de fruits et revenus : le problème de leur restitution éventuelle », *Sem. Jurid.*, 1929, p. 945.

203. P. Chevrier, *La donation de fruits et revenus*, thèse, Paris, 1929. — P. Esmein, *Les donations de fruits et revenus*, Rép. not., 1934, art. 23958 et 23987. — J. Flour, note sous Civ., 16 décembre 1940, *D.C.*, 1943, 104.

rement confuse ²⁰⁴. D'autres principes entrent en jeu ²⁰⁵ que nous ne pouvons étudier ici.

250. — Mais cette discussion montre qu'il est finalement très facile de tomber dans le travers des rédacteurs du Code civil eux-mêmes : à partir d'une solution particulière, dégager un principe qui, en réalité, n'existe pas. C'est parce que la loi a décidé que le possesseur de bonne foi fait les fruits siens qu'on est tenté d'en déduire une explication générale de l'acquisition des fruits, comme les rédacteurs du Code avaient cru pouvoir tirer de la solution de certains conflits nés de l'incorporation, la consécration systématique de la maxime *accessorium sequitur principale* en matière de propriété.

Or, nous avons assez montré que « le droit d'accession sur ce qui est produit par la chose » est fort différent du « droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose ». Sans doute, est-il traité dans deux chapitres de l'acquisition de choses nouvelles, mais les points de vue sont opposés :

— Dans le cas des constructions ou plantation, le jeu normal des règles de la propriété fait apparaître une difficulté grave en raison du rapport d'accessoire à principal qui s'oppose à l'exercice simultané de deux droits exclusifs. Ce conflit est tranché au moyen de la maxime *accessorium sequitur principale*.

— Dans l'acquisition des fruits, c'est le droit commun de la propriété qui est en conformité avec la règle de l'accessoire, encore que le *jus fructu* déborde celle-ci. Et la question particulière qu'envisage l'article 549 est résolue en mettant ces principes en échec. Sans doute ce texte ne contredit-il pas directement l'adage *accessorium sequitur principale*, puisqu'il s'agit de fruits détachés, mais la règle de l'accessoire ne conduisait nullement à cette solution.

En d'autres termes, l'accession, au sens d'acquisition de choses accessoires *par l'effet de la maxime* « *accessorium sequitur principale* », correspond au *principe* dans la production des fruits, alors que, dans l'incorporation des accessoires au fonds, elle est une *exception* dans le droit de propriété.

En définitive, la formule *accessorium sequitur principale* a joué un rôle néfaste dans la réglementation de l'accession dans le Code Civil. L'application qui est faite de la règle de l'accessoire n'est guère critiquable. Mais parce que cette règle s'exprimait en une locution

204. V. les analyses des auteurs précités.

205. Il faudrait en particulier tenir compte de la circonstance qu'une renonciation à usufruit peut être faite en vue d'augmenter la quotité disponible, assurant ainsi au bénéficiaire un avantage en capital (J. Flour, note précitée, *D.C.*, 1943, p. 105-106) et surtout des réformes de 1938 qui, en généralisant le rapport en moins prenant ont largement évincé l'art. 856 puisque c'est la valeur de la pleine propriété (comprenant le droit aux fruits futurs) qui est rapportée (cf. P. Voirin, note sous Civ. 16 décembre 1940, *J.C.P.*, 1941, II, 1655 ; Ripert et Boulanger, IV, n° 2903).

simple, ramassée, synthétique, elle a paru un dénominateur commun suffisant pour bâtir une théorie unitaire. C'est se laisser prendre au mirage des mots : « On n'unifie pas aussi légèrement des problèmes qui, bien que semblable, restent profondément différents ²⁰⁶ ».

L'accession n'est pas toute la règle de l'accessoire ; la règle de l'accessoire n'est pas seule en jeu dans l'accession. On voit seulement certains conflits de propriété réglés grâce à la maxime *accessorium sequitur principale*, parce que l'attribution de la propriété de l'accessoire au propriétaire du principal est, dans ces hypothèses, la solution jugée la plus satisfaisante. La règle de l'accessoire est alors le procédé technique adéquat. Mais il n'est plus question de la simple maxime de bon sens, tirant les conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal. Car un tel rapport n'implique pas automatiquement un alignement complet du sort de l'accessoire sur celui du principal. C'est pourquoi c'est encore dépasser les effets de la « règle logique » de l'accessoire que décider que l'accessoire emprunte la nature juridique du principal.

SECTION 2. — L'accessoire emprunte la nature juridique du principal

251. — La soumission de l'accessoire à un principal qui le domine, « l'osmose » donnant mystérieusement à l'accessoire la « coloration » du principal, le reflet, « l'ombre portée ²⁰⁷ » du principal sur l'accessoire... ne sont que des images qui ne peuvent prétendre fournir une analyse du mécanisme de la règle de l'accessoire. Leur danger est dans leur trop grand pouvoir évocateur. On en vient, par exemple, à considérer comme un effet normal de la maxime *accessorium sequitur principale* la communication à l'accessoire de la nature juridique du principal. Or, si l'on débarrasse la règle de l'accessoire des métaphores, on constate que ce « nivellement » extrême n'est pas une conséquence automatique du rapport d'accessoire à principal. Sans doute, pour déterminer la nature de l'accessoire, faut-il l'analyser tel qu'il est, c'est-à-dire avec le support que lui procure le principal. Il peut en résulter que les caractères de l'accessoire qui jouent un rôle décisif pour le choix de la catégorie qui lui est applicable soient précisément ceux qui proviennent de sa liaison avec le principal. C'est notamment le cas des bâtiments ou des fruits pendants par branches et par racines, qui doivent au support que leur assure le sol une fixité déterminante pour la qualification d'immeuble ²⁰⁸. Mais, dans bien d'autres hypo-

206. P. Lévie, thèse, n° 34.

207. M. Despax, « La détermination des sujets de la convention collective de travail », *J.C.P.*, 1965, I, 1938.

208. La question ne se pose pas dans les mêmes termes lorsque principal et accessoire sont réunis au sein d'un ensemble unique. Nous avons exposé (*Supra*, n° 161) que l'influence du principal sur l'acces-

thèses, principal et accessoire sont de nature différente : l'hypothèque est un droit réel accessoire d'une créance et une créance peut-être accessoire d'un droit réel²⁰⁹... Tout dépend de l'analyse de l'accessoire et l'on ne peut, *a priori*, systématiquement, lui donner la nature du principal.

Or, en droit positif, quelquefois, contrairement aux résultats de cette analyse, le principal communique cependant plus ou moins complètement sa nature juridique à l'accessoire.

Plusieurs considérations peuvent expliquer un tel dépassement des conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal :

— L'accessoire a vocation à suivre le sort du principal en ce sens que l'on s'efforce d'éviter entre les deux termes du rapport une rupture néfaste. Il n'est pas douteux que ce résultat est plus aisément obtenu si principal et accessoire sont déjà, par nature, soumis à un régime identique. On peut notamment, sans rencontrer de difficultés sérieuses, utiliser à plein les ressources de l'interprétation pour atteindre l'accessoire par les règles juridiques touchant le principal. De là l'idée d'imposer d'emblée à l'accessoire de prendre la nature du principal, afin d'aplanir d'avance les obstacles que pourrait rencontrer le jeu de la règle de bon sens *accessorium sequitur principale*. La théorie de l'immobilisation par destination procède de cet esprit.

— La nature juridique reconnue à l'accessoire postule un certain régime. Certes, ce régime déduit de la qualification n'est pas d'une rigidité absolue et peut subir quelques déformations lorsque l'accessoire suit le sort du principal. Mais ces modifications ne peuvent aller jusqu'à la complète défiguration. Une catégorie implique un minimum de règles propres sans quoi elle serait inutile. Les pièces essentielles du régime de l'accessoire ne peuvent donc céder sans bouleverser sa nature juridique elle-même. C'est là un obstacle sur lequel bute la maxime *accessorium sequitur principale*, sauf dans quelques cas où il a pu paraître préférable que l'accessoire suive encore le sort du principal, même si cette déformation de son régime au-delà du point de rupture devait rendre l'accessoire méconnaissable. Ainsi en va-t-il des hypothèses où une dette accessoire suit le sort d'un droit réel principal et, notamment, se transmet avec lui. L'obligation devient elle-même « réelle ».

— Le changement de nature de l'accessoire peut enfin être le but directement visé. Il s'agit alors, grâce au nivellement des accessoires, de créer, autour du principal, une assez large zone soumise aux mêmes règles. Non plus, cette fois, pour éviter de séparer l'accessoire du principal et faciliter le jeu de la maxime de bon

soire se faisait indirectement sentir, par l'intermédiaire de la qualification de l'ensemble. Dans la mesure où la question de la qualification de l'accessoire seul peut se poser, on peut dire que l'accessoire a la nature d'élément constitutif d'un ensemble qualifié d'après les caractères de l'élément principal.

209. *Supra*, n^{os} 73 s.

sens *accessorium sequitur principale*, mais bien afin de donner au principal un environnement de même nature que lui. La règle de l'accessoire sert à corriger des définitions légales trop étriquées. La théorie des actes de commerce par accessoire est, sans doute, l'exemple le plus caractéristique de cette exploitation exceptionnelle de la vocation de l'accessoire à suivre le sort du principal.

L'examen de ces trois exemples permettra de préciser comment la règle de l'accessoire peut être le procédé technique réalisant un changement de nature de l'accessoire jugé opportun.

Sous-Section 1. — Le changement de nature de l'accessoire, moyen facilitant le jeu de la règle de bon sens *accessorium sequitur principale* ; la théorie de l'immobilisation par destination.

252. — L'immobilisation par destination constitue l'exemple-type d'un emprunt de la nature du principal par l'accessoire. Cette théorie est curieuse. S'agit-il d'un phénomène d'attraction, dont les effets particulièrement forts s'expliqueraient tant bien que mal, ici, par le prestige dont jouit l'immeuble dans le Code civil ? L'explication paraît courte et ce n'est pas en donnant à la maxime *accessorium sequitur principale* la forme plus précise *accessorium sequitur naturam principalis* que l'on progresse beaucoup !

La règle est très généralement critiquée et ces critiques rejailissent sur la maxime *accessorium sequitur principale*. Pourtant, l'immobilisation par destination n'est pas toute la règle de l'accessoire. En réalité, l'immobilisation par destination est un procédé technique particulier introduit par les textes, mais que la maxime de bon sens *accessorium sequitur principale* n'imposait pas.

Cela ne signifie pas que le système figurant dans le Code au titre « de la distinction des biens » doive être expliqué sans faire référence à notre adage. L'immobilisation par destination est, en droit positif, un aspect de la règle de l'accessoire et la maxime joue un rôle éminent dans son fondement. Mais tout ne découle pas du rapport d'accessoire à principal et, si certaines limites de l'immobilisation par destination sont imposées par la maxime *accessorium sequitur principale*, d'autres sont propres à cette théorie originale.

C'est donc à l'étude des *rapports* entre la règle de l'accessoire en général et l'aspect tout à fait particulier qu'elle revêt en cette hypothèse, que l'on est conduit. A cette fin, nous examinerons d'abord le fondement, puis les limites de l'immobilisation par destination.

§ 1. — La maxime *accessorium sequitur principale* et le fondement de l'immobilisation par destination.

253. — L'immobilisation par destination est un effet assez extraordinaire du rapport d'accessoire à principal résultant de

l'affectation. Si la destination est parfois prise en considération pour modeler le régime juridique d'un bien sur des points de détail, il est beaucoup plus rare qu'elle entraîne le classement d'une chose dans une catégorie qui ne correspond manifestement pas à sa nature²¹⁰. Il est malheureusement difficile de préciser comment une telle conséquence peut être tirée du but assigné à un bien.

La théorie de l'immobilisation par destination est en effet malencontreusement placée sous le signe de l'ambiguïté.

« Rationnellement, la notion des immeubles par destination est claire ; mais les textes la rendent confuse en y faisant rentrer des choses qui sont de vrais immeubles par nature²¹¹. »

Et l'équivoque se prolonge lorsqu'on cherche à préciser le rôle que joue le rapport d'accessoire à principal résultant de la destination. L'idée que l'accessoire subit le contrecoup des vicissitudes dont le principal est l'objet se mêle à celle d'une coloration juridique de l'accessoire par le principal et les deux aspects de la maxime *accessorium sequitur principale* sont difficiles à distinguer.

Il est cependant possible d'expliquer les solutions du Code civil, et, sans pour autant prendre parti sur son mérite, restituer sa cohésion à la théorie de l'immobilisation par destination.

A. — L'ambiguïté de l'incorporation matérielle d'un objet à un fonds

254. — La possibilité physique de déplacement des choses fournit un critère simple et sûr de distinction des meubles et des immeubles, du moins tant qu'il s'agit de choses corporelles²¹². Or, les textes rattachent assez curieusement aux immeubles par destination des objets qui, en raison de leur incorporation à un immeuble, sont frappés d'une immobilité de fait. Ces biens se trouvent en quelque sorte dans une position intermédiaire entre les immeubles par nature et les immeubles par destination et sont soumis simultanément à l'attraction des deux catégories.

a) L'attache à perpétuelle demeure, signe de l'affectation.

A première vue, les rédacteurs du Code civil semblent avoir commis une erreur de classement en décidant que « sont aussi immeubles par destination, tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure ». En effet, l'article 525 considère comme tels les objets « scellés en plâtre ou à

210. R. Garron, « Influence de la destination sur le régime juridique des droits », *D.*, 1965, chron., p. 191.

211. Planiol, Ripert, Picard, III, n° 75.

212. A l'exception cependant des fluides et des ondes, cf. R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1958, p. 1 s.

chaux ou à ciment » ou qui « ne peuvent être détachés sans être fracturés et détériorés, ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés ». Ne peut-on dire que « prises à la lettre, les dispositions des articles 524-13° et 525-1°, font double emploi avec celles de l'article 518 C. civ., qui est relatif aux immeubles par nature ²¹³ » ?

Ce n'est pas certain.

Nous avons déjà exposé que, pour être pris en considération, un rapport d'accessoire à principal doit avoir une certaine consistance ²¹⁴. Il faut pouvoir objectivement discerner les deux termes du rapport.

Or, le lien d'affectation a nécessairement une base subjective. C'est de la volonté du propriétaire, maître de l'utilisation d'une chose, que dépend la destination assignée au bien. Mais, pour produire des effets juridiques, cette volonté doit se traduire dans les faits. Il faut une particulière adéquation de tel accessoire précis à tel principal déterminé. Cette union peut se révéler par les conséquences désastreuses qui résulteraient, pour l'accessoire ou le principal, de leur dispersion. Plus ce lien intellectuel est fort — autrement dit, plus graves seraient les effets de la séparation des deux éléments — et moins nécessaires sont les signes matériels du rapport qui les unit. A l'inverse, il peut arriver que l'importance et la stabilité de l'affectation doivent être attestées par un lien physique marquant l'attache de l'accessoire au principal.

L'immobilisation par destination en fournit un exemple.

D'après l'article 524, « les animaux attachés à la culture, les instruments aratoires... sont immeubles par destination quand ils ont été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds ». En effet, un fonds voué à une utilisation agricole ne peut être exploité sans ces accessoires ²¹⁵. Cette nécessité les désigne avec assez de précision.

213. P. Gulphe, *L'immobilisation par destination*, thèse, Paris, 1943, n° 17, p. 66.

214. *Supra*, n°s 26, 63.

215. A cet égard, on comprend assez bien que le texte ne mentionne que les animaux attachés à la culture et non les animaux d'élevage, la jurisprudence refusant, en général, à ces derniers, la qualité d'immeubles par destination (Bourges, 6 mai 1842, *D.P.*, 1844, 2, 26 ; Besançon, 26 février 1934, *G.P.*, 1934, I, 800 ; Req. 19 octobre 1938, *D.H.*, 1938, 613). Le rapport d'affectation suppose en effet, nous l'avons montré (*supra*, n° 78) que les services que peut rendre l'accessoire ne peuvent être réellement perçus qu'au travers de l'utilisation du principal. Tel n'est pas le cas des animaux d'élevage, qui sont destinés à la vente et présentent, par conséquent, directement une utilité propre. Sauf circonstances exceptionnelles, par exemple un fonds qui n'est productif que par les engrais que les animaux procurent (Bordeaux, 14 décembre 1829, *S.*, 1830, 2, 70) ou une fromagerie qui traite le lait des vaches nourries sur le fonds (J. Larguier, *Encycl. Dalloz*, v° biens, n° 128, P. Gulphe, thèse, n° 20, p. 75 et les références citées), les animaux d'élevage ne sont pas affectés

Mais le lien entre les accessoires et le principal ne s'impose objectivement que si les objets mobiliers sont « les agents nécessaires du système de production auquel est consacré l'établissement dont ils font partie ²¹⁶ ». Or, si l'exploitation agricole est évidente, il n'en est pas toujours de même de l'exploitation industrielle : des outils, des machines peuvent être simplement abrités dans un bâtiment sans pour autant être affectés au service de l'immeuble qui peut être voué à un autre mode d'utilisation. C'est pourquoi les tribunaux se montrent attentifs à rechercher si l'aménagement de l'immeuble rend assez clair le choix d'un type d'exploitation pour lequel les accessoires sont nécessaires. Il s'agit toujours de déceler un minimum d'objectivité dans la rapport d'affectation.

Ainsi s'expliquent les variations de la jurisprudence à propos de l'immobilisation du matériel hôtelier. Lorsque les hôtels sont installés dans de simples « maisons bourgeoises » avec un mobilier identique à celui de toutes les habitations, la spécificité du mode d'exploitation de l'immeuble n'apparaît pas. L'utilité particulière des accessoires rendant possible cette utilisation du fonds ne s'impose pas objectivement ²¹⁷. Mais il en va autrement des bâtiments spécialement construits ou aménagés pour servir d'hôtels ²¹⁸.

255. — Or, si l'on considère les exemples de meubles pour les-

au service de l'immeuble. Ils doivent, c'est un fait, leur subsistance au fonds sur lequel ils sont nourris. A ce point de vue, la situation est voisine de celle des récoltes. C'est donc davantage d'accessoires par production que d'accessoires par affectation qu'il pourrait être question. Mais, dès lors que la destination des animaux, loin de les ramener au fonds, les en écarte, il est difficile, en l'absence de lien matériel, de voir un véritable rapport d'accessoire à principal. Car, si les animaux doivent évidemment être nourris, rien ne dit que ce soit sur un tel fonds plutôt que tel autre et leur mobilité naturelle ne permet pas de tirer de grands enseignements de leur position actuelle, à moins qu'un élément extérieur ne vienne renforcer le lien qui les unit au fonds. C'est le cas, visé à l'article 522, du bail à cheptel accompagnant le bail à ferme, par lequel le propriétaire du fonds livre du bétail au fermier. L'interprétation de ce texte se fait alors beaucoup plus souple en jurisprudence et l'immobilisation est largement admise. (Riom, 30 août 1820 et 28 avril 1827, S., chr. ; Bourges, 24 février 1837, S., 1838, 2, 108 ; Req. 24 février 1926, *D.H.*, 1926, 206 ; cf. P. Gulphe, thèse, n° 21 et 22, p. 76 s.).

216. P. Gulphe, thèse, n° 74, p. 175 ; Req., 31 juillet 1879, *D.P.*, 1880, 1, 273 ; Req., 23 mars 1926, *D.P.*, 1928, 1, 22.

217. Civ., 18 novembre 1845, *D.P.*, 1846, 1, 36. — Toulouse, 15 mai 1879, *D.P.*, 1879, 2, 176 ; S., 1880, 2, 331. — Req., 31 juillet 1879, *D.P.*, 1880, 1, 273 ; S., 1880, 1 409, note Lyon-Caen. — Civ., 9 novembre 1885, *D.P.*, 1886, 1, 125 ; S., 1886, 1, 201. — Besançon, 13 avril 1892, *D.P.*, 1892, 2, 551. — Nancy, 4 décembre 1936, *D.H.*, 1937, 123.

218. Req., 2 août 1886, *D.P.*, 1887, 1, 293 ; S., 1886, 1, 417. — T. civ., Grenoble, 3 décembre 1905, *G.P.*, 1904, 1, 96. — Alger, 26 mai 1909, *D.P.*, 1909, 2, 6. — Paris, 28 novembre 1935, *D.P.*, 1936, 2, 30, note Lalou. — Nancy, 4 décembre 1936, *D.H.*, 1937, 123, précité. — Paris, 5 mai 1937, *G.P.*, 1937, 2, 641 (sous-note). — Req., 28 juillet 1937, *D.H.*, 1937, 534. — Aix, 29 décembre 1949, *J.C.P.*, 1950, II, 5571, note R. Saint-Alary.

quels l'article 525 exige l'attache à perpétuelle demeure pour leur conférer la qualité d'immeubles par destination, on constate que les glaces, tableaux, ornements, statues, ne présentent qu'une utilité réduite pour l'immeuble auquel ils sont affectés.

« La destination d'un effet mobilier qui ne sert qu'à compléter l'aménagement ou la décoration d'une maison d'habitation est entachée d'une certaine présomption de précarité. On ne peut affirmer que le propriétaire soit décidé à la maintenir avec la même certitude que lorsqu'il s'agit d'accessoires d'exploitation. La continuité d'une affectation de ce genre est nécessairement aléatoire. Elle dépend essentiellement, en effet, de facteurs beaucoup moins stables, tels que le goût, la fantaisie ou le caprice de son auteur qui évoluent eux-mêmes avec les mœurs et la mode. Il est donc tout à fait compréhensible que l'immobilisation ait été soumise à des conditions plus rigoureuses ²¹⁹ ».

En effet, une glace ou un tableau sert bien à accroître l'agrément d'un immeuble. Mais comme le bâtiment peut être habité sans glace ou sans tableau, le rapport d'affectation unissant ces accessoires à tel principal déterminé ne se déduit pas de la simple constatation du mode d'utilisation choisi pour l'immeuble. Moins utile est l'accessoire et moins son union intellectuelle avec le principal est apparente. Le rapport de destination resterait sur un plan subjectif s'il ne se manifestait par un signe tangible. C'est là le sens de l'exigence d'un lien matériel dans l'article 525 : l'adhérence physique de l'accessoire au principal est l'indice objectif de la destination du bien immobilisé ²²⁰.

Le texte lui-même relève d'ailleurs qu'un aménagement particulier de l'immeuble peut suppléer l'incorporation physique de l'accessoire comme signe de l'affectation d'un objet ornemental puisqu'il décide que les statues « sont immeubles lorsqu'elles sont placées dans une niche pratiquée exprès pour les recevoir ».

Ceci autorise une interprétation assez souple de l'attache à perpétuelle demeure ²²¹ car c'est bien la destination des objets accessoi-

219. P. Gulphe, thèse, n° 70, p. 167.

220. En ce sens 1^{re} Civ., 3 juin 1958, *Bull.* 1958, I, n° 283, p. 225. Cet arrêt approuve les juges du fond qui ont refusé de considérer comme un immeuble par destination une grille en fer forgé, les demandeurs n'ayant pas fait la preuve, en l'absence des éléments matériels de scellement, que le propriétaire de la grille ait jamais eu l'intention de l'immobiliser. Ce qui situe bien l'incorporation visée à l'art. 525 comme un moyen d'extérioriser le rapport d'affectation.

221. Paris, 27 mars 1963, *D.*, 1964, 27. Cet arrêt admet l'immobilisation d'une statue simplement posée et non pas scellée sur son socle en béton « considérant qu'il est admis... que les objets d'ornementation sont réputés immeubles par destination à cette seule condition que l'intention du propriétaire de les attacher au fonds à perpétuelle demeure ne puisse être douteuse ». (*Contra*, P. Larguier, *Encycl. Dalloz*, v° biens, n° 305).

res et non leur immobilité de fait qui, dans l'article 525, détermine leur immobilisation juridique ²²².

Le Code civil n'a procédé que par exemples et a seulement tenu à ce que le rapport d'affectation se manifeste objectivement en donnant cette directive très simple que plus le mode d'exploitation est spécialisé et moins il est nécessaire de relever les signes apparents d'une affectation que révèle la nature des biens en présence ²²³.

Il reste néanmoins que l'incorporation matérielle d'une chose à un immeuble présente souvent une certaine ambiguïté car si elle opère une immobilisation de fait, elle peut aussi être le signe de la destination assignée au bien. L'attache à perpétuelle demeure se trouve donc à la charnière de la distinction entre immeubles par nature et immeubles par destination.

256. — b) L'attache à perpétuelle demeure, situation intermédiaire entre l'immobilisation par nature et l'immobilisation par destination.

L'attache à perpétuelle demeure paraît occuper une position-clef dans la théorie de l'immobilisation par destination.

La distinction des meubles et des immeubles est née comme un simple mode de classement des biens fondé sur cette donnée de fait que certaines choses peuvent être déplacées et d'autres non ²²⁴. Or, l'incorporation d'une chose à un fonds, lui interdit le mouvement. Cette chose doit donc être rangée dans la catégorie des immeubles. Mais l'incorporation n'a pas toujours la même portée.

« Parmi les éléments, en effet, qui composent le *bâtiment*, il en est de deux sortes : les uns qui sont ses éléments intrinsèques essentiels, constitutifs ; ceux-là, ils sont immeubles par leur nature, *pars aedium*, c'est le bâtiment lui-même ! Les autres, qui ne forment pas une partie aussi essentiellement intégrante, du corps même de l'édifice, *non pars aedium*, mais qui sont néanmoins placés là comme dépendances à perpétuelle demeure de l'édifice, *propter aedes, perpetui usus causa* ²²⁵ ».

Un moellon, une tuile, une glace ou un tableau peuvent être déplacés et à ce titre sont des meubles. Une fois incorporés à un

222. Un objet d'art scellé au mur pour des raisons de prudence à raison de dimensions de cet objet n'a pas été considéré comme un immeuble (Paris, 31 octobre 1894, *D.P.*, 1896, 2, 68).

223. Cf. 1^{re} Civ., 11 juin 1965, *J.C.P.*, 1965, IV G, p. 101.

A l'inverse, l'immobilisation des objets mobiliers garnissant un immeuble d'habitation est, en général, subordonnée à la constatation de signes matériels marquant le lien d'affectation même hors des cas prévus par l'article 525, cf. par exemple, pour des installations sanitaires ou de chauffage central : 1^{re} Civ., 18 février 1957, *D.*, 1957, 249 ; 1^{re} Civ., 19 mars 1957, *Bull.*, 1957, 1, n° 145, p. 120 ; 1^{re} Civ., 30 avril 1958, *Bull.*, 1958, I, n° 227, p. 178 ; 1^{re} Civ., 27 décembre 1963, *Bull.*, 1963, 1, n° 575, p. 479..

224. Cf. P. Gulphe, thèse, n° 1, p. 10 s.

225. Demolombe, IX, n° 196.

bâtiment, lui-même fixé au sol, ils sont physiquement immobilisés. Mais cette immobilité n'est pas de même « qualité » : notre moellon ou notre tuile, une fois intégrés à la construction, en deviennent des éléments constitutifs et n'en peuvent être retirés sans porter atteinte à son intégrité. Ils font partie du bâtiment, qui, par définition, n'est pas susceptible de déplacement. La glace ou le tableau, même scellés au mur, ne sont pas intégrés à sa structure. Ils y restent extérieurs et peuvent être retirés sans porter atteinte à l'existence ou à l'individualité du bâtiment. Il reste possible de les déplacer. Ce mouvement est seulement rendu plus difficile par leur attache superficielle à l'immeuble, mais offre sans doute moins de difficultés que le déplacement d'un objet non scellé, de grand poids et de volume important. Leur immobilité de fait a quelque chose d'artificiel et de temporaire parce qu'elle n'est en réalité que la manifestation tangible de leur affectation intellectuelle, alors que les éléments constitutifs d'un bâtiment font partie d'un ensemble nécessairement immobile pour tout le temps de son existence.

257. — Cette différence est sans grande importance tant qu'il s'agit d'effectuer un classement scientifique des biens. Tout au plus pourrait-elle aboutir à créer des subdivisions parmi les immeubles pour tenir compte des deux aspects de l'incorporation.

Mais il en va autrement à partir du moment où la distinction des meubles et des immeubles est érigée en *summa divisio* autour de laquelle s'articule tout le droit des biens. La répartition entre ces deux catégories *juridiques* est alors extrêmement lourde de conséquences. Or, dès que l'on prend conscience qu'il est des cas où l'immobilité de fait d'une chose n'est que l'extériorisation d'un rapport d'affectation et qu'une même destination peut apparaître tout aussi nettement dans des hypothèses où un lien d'adhérence physique entre l'accessoire et le principal ne se rencontre pas, il devient difficile d'expliquer que les situations si proches subissent des régimes si différents. Il paraît plus logique de prendre en considération la destination des choses en elle-même et non seulement au travers certaines de ses manifestations extérieures.

Dans l'Ancien Droit, la notion de destination « n'a pu se dégager et devenir une source d'immobilisation absolument autonome. Elle a toujours été bridée par cette exigence d'un lien matériel en l'absence duquel l'attache à perpétuelle demeure ne paraissait pas pouvoir être réalisée ²²⁶ ».

Et c'est le mérite du Code civil d'avoir isolé l'idée d'affectation de certaines formes privilégiées d'extériorisation, en substituant à ce critère étroit et empirique de l'incorporation matérielle, la condition plus large d'un certain degré d'objectivité de la destination ²²⁷.

226. P. Gulphe, thèse, n° 12, p. 47.

227. Le passage ne s'est d'ailleurs pas fait sans hésitations. Cf. sur les projets successifs P. Gulphe, thèse, nos 14-15, p. 53 s.

Mais jusqu'à quel point est-il possible de pousser le rapprochement entre l'incorporation à un fonds et l'affectation au service d'un immeuble ? C'est là que se manifeste une nouvelle obscurité de la théorie de l'immobilisation par destination, car on peut douter du sens qu'y revêt la maxime *accessorium sequitur principale*.

B. — L'ambiguïté du rôle du rapport d'accessoire à principal

258. — 1° Les « objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds » en sont des accessoires. Ils ont, par conséquent, vocation à suivre le sort du principal parce que, séparés du fonds ils perdraient, du moins dans l'immédiat, leur utilité, tandis que l'exploitation du principal deviendrait plus difficile, voire impossible. Afin d'éviter cette séparation néfaste, la vente, la saisie, le partage, le legs, l'entrée en communauté... du fonds devraient s'appliquer aussi aux accessoires. C'est là le sens que nous avons déjà vu prendre la maxime *accessorium sequitur principale*²²⁸.

2° Mais, d'un autre côté, le rapport d'affectation peut être pris en considération sur un autre plan. Si l'on écarte provisoirement l'hypothèse un peu douteuse de l'attache à perpétuelle demeure, il ne fait pas de doute que les instruments aratoires, les animaux attachés à la culture... peuvent être déplacés et apparaissent ainsi physiquement meubles. Mais leur affectation au service d'un fonds les rapproche incontestablement des immeubles au point de vue juridique. Le particularisme de la réglementation propre aux immeubles tient en effet à deux ordres d'idées souvent signalés.

— D'une part, de multiples raisons historiques, économiques, sociologiques, politiques et même psychologiques ont conduit à considérer les immeubles comme les valeurs sûres, composant l'essentiel du patrimoine familial et méritant, à ce titre, une protection juridique spéciale.

— D'autre part, l'immeuble a une situation fixe. « Il est toujours susceptible d'une individualisation géodésique²²⁹ » et cette donnée se révèle précieuse pour l'élaboration de nombre de dispositions pratiques.

Les meubles présentent des caractéristiques opposés. Mais lorsqu'un meuble est affecté au service d'un immeuble, l'opposition s'atténue.

— Le meuble est un moyen d'assurer l'exploitation de l'immeuble. Il paraît logique de protéger l'aménagement ainsi réalisé, qui accroît la valeur de l'immeuble.

— Même s'il n'est pas matériellement immobilisé et demeure susceptible de déplacement, un meuble affecté au service d'un immeuble est rattaché à un point déterminé de l'espace ; il com-

228. *Supra*, n° 59 s.

229. J. Carbonnier, *Droit civil*, II, n° 17, p. 47.

porte un élément de fixité : son but. La destination qui lui est assignée lui donne en effet, un « port d'attache », si bien que, même à distance, même en cours de déplacement, il est possible de le désigner par référence à un point précis.

Or, la théorie de l'immobilisation par destination paraît mêler plus ou moins les deux plans sur lesquels peuvent se développer les conséquences du rapport d'accessoire à principal. Cependant, selon que l'on insiste sur l'un ou l'autre aspect, on est conduit à adopter des conceptions assez différentes du jeu de la maxime *accessorium sequitur principale*.

Au cours des travaux préparatoires du Code civil, Treilhard disait : « Tout ce qu'un propriétaire place dans un domaine pour son service et son exploitation prend la qualité d'immeuble par destination ; les choses ainsi placées deviennent en effet une partie du fonds puisqu'on ne pourrait les enlever sans le dégrader essentiellement et sans rendre son exploitation impossible²³⁰. » Une telle explication n'est, en général, pas assez distinguée de celle selon laquelle « La loi attribue à ces accessoires le caractère immobilier qui appartient au fonds auquel ils se rattachent, afin qu'ils n'en soient pas séparés sans la volonté du propriétaire, ce qui aurait pour résultat de diminuer la valeur du fonds²³¹. »

Il y a pourtant à deux façons de voir les choses fort éloignées l'une de l'autre.

Est-ce *parce qu'on* ne peut séparer les accessoires du principal sans dommage, ou *pour* éviter cette séparation néfaste, que les meubles affectés au service d'un fonds deviennent immeuble ?

Dans la première interprétation, l'affectation paraît un équivalent de l'incorporation à un fonds ; dans la seconde, l'immobilisation par destination est liée à ce que l'on peut appeler le jeu normal de la maxime *accessorium sequitur principale* qui veut que l'accessoire soit atteint par les vicissitudes dont le principal est l'objet.

259. — a) L'affectation, équivalent de l'incorporation.

L'immobilisation par destination peut apparaître comme l'extension des solutions admises sans difficulté dans le cas d'attache à perpétuelle demeure : le lien intellectuel d'affectation est assimilé à un lien matériel, de telle sorte que la nature juridique du principal se communique directement à l'accessoire.

La destination assignée au meuble lui confère une stabilité et une fixité qui permet de le soumettre au régime des immeubles²³².

230. Fenet, XI, p. 35.

231. J. Larguier, *Encycl. Dalloz*, v° Biens, n° 89.

232. Cambacérès soulignait que le lien qui unit un accessoire à un fonds est tellement étroit que la mobilité n'apparaît plus comme sa caractéristique prédominante. Le fonds auquel il est lié lui communique en quelque sorte la fixité que lui confère sa nature physique (cité par P. Gulphe, thèse, n° 14, p. 55).

Mais cette conception va beaucoup plus loin. Elle implique une vision particulière de la distinction juridique des meubles et des immeubles, dans laquelle la maxime *accessorium sequitur principale* joue un rôle essentiel.

« On l'a fait remarquer depuis longtemps, seuls sont en réalité immeubles par nature les fonds de terre. Ce sont les seuls biens *quae moveri non possunt* ; tous les autres ne tiennent leur caractère immobilier que de leur attache au sol, et de ce fait ne sont immeubles que par accessoire. Telle est d'ailleurs la raison véritable pour laquelle le sol est toujours considéré comme chose principale²³³. »

En effet, l'évolution contemporaine de notre civilisation urbaine où le sol se vend au mètre carré, indépendamment de sa configuration, a révélé « une conception dématérialisée et en quelque sorte stylisée de la propriété foncière²³⁴ » qui l'oppose fondamentalement à celle de tous les autres biens : « La propriété de l'immeuble est celle d'une surface ; la propriété du meuble est celle d'une matière. C'est d'ailleurs par cette observation que l'on comprend comment l'immeuble corporel se complète, pour devenir concret, d'éléments mobiliers. Car la surface que constitue l'immeuble est remplie de matière. Et le droit n'hésite pas à traiter celle-ci comme immeuble, mais seulement dans la mesure où il la considère comme accessoire de la surface définissant l'immeuble. Cette matière est d'ailleurs virtuellement appelée à devenir ou redevenir meuble, aussitôt séparée de la surface...²³⁵ »

Lorsqu'on définissait de façon empirique des immeubles comme les choses n'étant pas susceptibles de déplacement, on englobait dans la même catégorie la surface idéale du sol et la matière qui s'y rattachait de la façon la plus évidente. Mais le rapport d'accessoire à principal n'exige pas toujours un lien physique et peut notamment résulter d'une affectation qui peut être assez manifeste sans incorporation. Les rédacteurs du Code civil, en érigeant en principe la consécration de la maxime *accessorium sequitur principale* ont apporté une meilleure compréhension de la notion d'accessoire qui a conduit à la doctrine de l'immobilisation par destination. Depuis longtemps, de façon inconsciente, le rapport d'accessoire à principal était pris en considération, mais on n'en voyait qu'un aspect. Le mérite du Code est d'avoir donné toute son ampleur à cette signification de la règle de l'accessoire.

Si bien qu'en définitive le critère physique de la mobilité ou de l'immobilité n'apparaît que secondaire. Ce qui compte essentiellement, c'est le rapport d'accessoire à principal. Le sol communique sa nature juridique aux biens qui lui doivent leur existence comme

233. M. Fréjaville, *Des meubles par anticipation*, thèse, Paris, 1927, p. 13-14.

234. Cf. R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1958, p. 1 s.

235. *Ibid.*

à ceux qui sont affectés à son service. On peut alors présenter la classification des choses corporelles dans le Code civil comme une application de la maxime *accessorium sequitur principale* se développant en deux branches symétriques correspondant aux deux formes de rapport d'accessoire à principal, la répartition des hypothèses entre les deux catégories ne se faisant d'ailleurs pas selon la présence ou l'absence d'un lien physique d'adhérence de l'accessoire au principal, un tel lien étant susceptible de revêtir des significations différentes, mais d'après le rôle que joue le principal, but ou support de l'accessoire.

Ce schéma paraît séduisant à bien des égards.

Il faut cependant reconnaître que rien, dans la présentation des textes, ne permet d'y voir une construction théorique fondée sur la maxime *accessorium sequitur principale*. Au contraire, loin de rapprocher les deux catégories d'immeubles par accessoire, le Code oppose les immeubles par nature aux immeubles par destination, en mêlant dans le premier groupe le sol, principal, et les accessoires qui y sont fixés²³⁶. Ceci semble indiquer que la distinction des meubles et des immeubles est envisagée de façon très concrète, en mettant au premier plan le critère physique de la possibilité de déplacement, la notion d'accessoire n'ayant été prise en considération que dans le seul cas de l'affectation.

Or, il est une autre explication de l'immobilisation par destination, qui correspond davantage à cette attitude.

b) L'immobilisation par destination, procédé destiné à faciliter le maintien de l'union entre l'accessoire et le principal.

260. — Sans écarter le rôle qu'a pu jouer l'attache à perpétuelle demeure dans l'élaboration de la théorie de l'immobilisation, ni rejeter l'idée que l'affectation d'un meuble au service d'un immeuble le rend apte à être l'objet de règles applicables aux immeubles, on peut faire jouer à ces données un rôle moins éminent. Ce qui frappe avant ces analogies plus ou moins lointaines avec les choses physiquement immobilisées, c'est l'intérêt qu'il y a à maintenir ensemble

236. Si l'on voulait chercher des nuances dans la présentation des textes on pourrait remarquer que l'article 518 vise ensemble les fonds de terre et les bâtiments, les autres immeubles par nature figurant aux articles suivants. Ces derniers peuvent en effet changer de nature et devenir meubles une fois rompu le lien qui les unissait au sol. Les fonds de terre et les bâtiments, eux, ne peuvent qu'être immeubles. Un bâtiment n'est certes pas perpétuel, mais tant qu'il existe, il ne peut, sans cesser d'être un bâtiment, perdre son immobilité, car pour le déplacer, il faut le démolir. Les rédacteurs du Code civil ne sont pas allés plus loin et n'ont pas fait ressortir la différence plus profonde qui existe entre le sol et tous ses accessoires, y compris les bâtiments, différence que les progrès de la technique moderne accentuent aujourd'hui : N'a-t-on pas vu des monuments déplacés tels quels ? (Cf. R. Savatier, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1958, p. 7.)

l'accessoire et le principal. La maxime *accessorium sequitur principale* au sens habituel ne signifie d'ailleurs pas autre chose.

Mais lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre cette solution, une difficulté apparaît en raison de la différence de nature de l'accessoire et du principal. La distinction des meubles et des immeubles revêt en effet dans notre droit une importance considérable. A tel point que des situations semblables, des opérations identiques, obéissent à un régime différent selon qu'il s'agit de l'une ou de l'autre catégorie. Dans ce contexte technique, la maxime *accessorium sequitur principale* semble se heurter à un obstacle. Comment une vente immobilière, une saisie immobilière... pourraient-elles atteindre un meuble qui ne peut être, en principe, touché par des règles différentes ?

C'est ici que l'on peut faire intervenir l'atténuation de l'opposition entre la condition des meubles et des immeubles résultant de l'affectation au service d'un fonds. Le régime juridique des immeubles se justifie, nous venons de le rappeler, par le souci de protéger la valeur stable que représente l'immeuble et par la fixité du sol et des choses adhérent au sol. Seulement, en présence d'un rapport d'accessoire à principal, ces raisons valent tout autant pour les meubles dont la destination est le service d'un fonds²³⁷. Cela signifie que les difficultés auxquelles semble se heurter la maxime *accessorium sequitur principale* ne s'expliquent plus rationnellement. Si l'accessoire est bien un meuble, on peut parfaitement le soumettre à une règle prévue pour les immeubles. L'obstacle ne provient que de la déduction mécanique des conséquences de la qualification. Mais il ne s'agit plus que de règles purement techniques. Or, une technique qui n'est plus vivifiée par le but en vue duquel elle a été élaborée, qui fonctionne dans le vide et ne se justifie que par elle-même, ne mérite pas d'être prise en considération lorsqu'elle élève des obstacles à une solution éminemment souhaitable. La maxime *accessorium sequitur principale* doit donc l'emporter sur des objections dont l'existence du rapport d'accessoire à principal démontre le caractère artificiel.

Mais il est deux façons distinctes d'obtenir ce résultat :

— Ou bien on tiendra ce raisonnement *chaque fois que la règle de l'accessoire est appelée à jouer* et on démontrera qu'une vente immobilière, une saisie immobilière... atteindra, malgré sa spécificité technique, un accessoire meuble. La qualification de cet accessoire ne change pas ; mais chaque règle amenée par la maxime *accessorium sequitur principale* à s'appliquer dans un domaine qui n'est pas le sien, subit une certaine déformation²³⁸.

— Ou bien, on tiendra le raisonnement *une fois pour toutes* et l'on réduira d'avance l'obstacle. L'accessoire prendra la même

²³⁷. *Supra*, n° 258.

²³⁸. C'est la position de certains droits étrangers, cf. P. Gulphe, thèse, p. 264 s.

nature juridique que le principal afin d'en pouvoir suivre le sort sans difficulté. C'est la qualification de l'accessoire qui est déformée ; mais ensuite, sera préservée la « pureté technique » de chaque règle touchant le principal et appelée, en vertu de la maxime *accessorium sequitur principale*, à atteindre l'accessoire²³⁹.

261. — Dans le choix entre les deux procédés, on peut alors considérer que les hypothèses d'attache à perpétuelle demeure ont joué un rôle déterminant. Parce que, grâce au lien matériel immobilisant physiquement l'accessoire, il n'y avait aucune difficulté dans de telles situations à faire suivre à l'accessoire le sort du principal, l'attention des rédacteurs du Code civil a été attirée sur la commodité de la méthode consistant à aligner d'avance la nature de l'accessoire sur celle du principal pour éviter toute hésitation lorsque la maxime *accessorium sequitur principale* est appelée à jouer.

Et ce n'est pas revenir, par une voie différente, à l'assimilation de l'affectation à l'incorporation matérielle.

— Dire que l'on déduit automatiquement du rapport d'affectation la transformation de l'accessoire de meuble en immeuble, revient à considérer qu'il existe *deux règles de l'accessoire* indépendantes l'une de l'autre : la première en vertu de laquelle le principal communique sa nature juridique à l'accessoire ; la seconde selon laquelle l'accessoire suit le sort du principal au travers toutes ses vicissitudes afin de n'en pas être séparé. Car si la vente ou le legs du principal porte aussi sur l'accessoire parce qu'il n'y a pas de raison d'écarter la maxime *accessorium sequitur principale* entendue avec sa portée habituelle, c'est là une conséquence distincte du changement de qualification de l'accessoire, tirée du même rapport d'accessoire à principal mais sur un plan différent.

— Dire que l'immobilisation de l'accessoire n'est qu'un moyen de permettre aux règles touchant le principal d'atteindre l'accessoire sans entraves est admettre qu'il n'y a qu'une *seule règle de l'accessoire* qui fonctionne en deux temps : d'abord dégager la voie, ensuite faire suivre à l'accessoire le sort du principal. *C'est alors seulement*

239. Il existe évidemment un troisième procédé qui élimine toute difficulté : l'adoption d'une règle applicable indifféremment aux meubles et aux immeubles. C'est ainsi que dans le nouvel article 1404 du Code civil, les instruments de travail nécessaires à la profession de l'un des époux sont propres, indépendamment de la question de savoir s'ils sont meubles ou immeubles. C'est que la notion de bien propre a évolué. « Elle n'est plus chargée exclusivement de finalité lignagère et patrimoniale. Elle a de plus en plus une finalité individuelle... » (D. Lefebvre, L'évolution de la notion de bien propre, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1965, p. 512.) La classification des meubles et des immeubles n'est plus le procédé technique permettant de distinguer les propres des biens communs. Dès lors, si la maxime *accessorium sequitur principale* intervient dans la détermination des propres, elle n'a pas à forcer le moins du monde les catégories.

dans la mesure où il permet le jeu éventuel de la maxime « *accessorium sequitur principale* » au sens « normal », que le changement de nature de l'accessoire se justifie.

Dès lors, on conçoit sans peine que l'immobilisation juridique d'un meuble accessoire rencontre davantage de limites que si le changement de qualification pouvait se déduire directement du rapport d'affectation.

§ 2. — La maxime *accessorium sequitur principale* et les limites de l'immobilisation par destination.

262. — Les limites apportées par les textes eux-mêmes à la théorie de l'immobilisation par destination ne permettent guère d'hésiter entre les deux explications différentes que nous avons signalées. Ainsi, d'une façon peut-être moins nette en raison des interférences entre ces deux conceptions mal distinguées, la situation présente une assez curieuse analogie avec l'accession. On constate en effet que les commentaires émis au cours de la discussion du Code civil, semblent faire place à une vue très large de la maxime *accessorium sequitur principale*, qui est presque érigée en principe général, alors que le détail de la réglementation replace l'emprunt de la nature du principal par l'accessoire au rang d'un simple procédé technique au service d'un but précis : permettre à l'accessoire de suivre le sort du principal.

L'immobilisation par destination se trouve donc limitée par la maxime *accessorium sequitur principale* elle-même, puisque le changement de nature de l'accessoire n'a pas de raison d'être si la séparation des deux biens ne peut être évitée.

Mais en revanche, la règle de l'accessoire risque de se trouver limitée à son tour par le moyen choisi pour la consacrer. C'est là une remarque qui ne doit pas surprendre. Lorsque la maxime *accessorium sequitur principale* s'insère dans le cadre des catégories juridiques, elle bénéficie de la rigueur mais aussi souffre de la rigidité inhérente à cette technique.

A. — La limitation de l'immobilisation par destination par les conditions du jeu de la règle de l'accessoire

Il va de soi — les différentes explications se rencontrent sur ce point — que l'immobilisation par destination suppose un véritable rapport d'accessoire à principal. Mais si, dans les deux interprétations, cette condition est nécessaire, elle serait suffisante si l'affectation était un équivalent de l'incorporation. On ne comprendrait pas alors que l'immobilisation par destination ne puisse se produire que si la propriété du principal et de l'accessoire sont réunies sur une même tête et que l'accessoire retrouve sa qualification de meuble dès que cette condition n'est plus remplie. Cette situation est au contraire logique si l'on admet que le changement de nature de

l'accessoire à seulement pour but de lui permettre de suivre le sort du principal.

a) La réunion de la propriété de l'accessoire et du principal dans le même patrimoine, condition de l'immobilisation par destination.

263. — D'après les articles 522, 524 et 525, l'immobilisation par destination ne peut être réalisée que par celui qui est à la fois propriétaire du principal et de l'accessoire. « Cette condition constitue la caractéristique essentielle de cette institution²⁴⁰ » et la jurisprudence y veille fermement²⁴¹.

Or, cette exigence s'explique mal dans une conception qui attribuerait automatiquement à l'accessoire la nature du principal. la construction élevée sur le fonds loué par un locataire ou un fermier est un immeuble²⁴² et ce, même si l'on considère que le constructeur en est propriétaire durant le bail. Pourquoi n'en serait-il pas de même, en cours de location, des instruments aratoires ou des animaux qu'un fermier affecte au service du fonds appartenant au bailleur ? Pour créer un rapport d'affectation, il faut naturellement être maître de la destination à assigner au bien accessoire et avoir accès au principal puisque les utilités de l'accessoire ne seront saisies qu'au travers de l'exploitation du principal²⁴³. Ces conditions sont parfaitement réalisées dans le cadre d'un bail. Sans doute, cessent-elles à l'expiration du contrat. Mais si l'on peut admettre qu'à ce moment le lien d'affectation est rompu, pourquoi ne pas faire jouer l'immobilisation tant que le preneur est en place ?

Selon M. Gulphe, « dans l'hypothèse où l'auteur de l'affectation n'est pas propriétaire de l'objet qu'il place sur son fonds on aboutit à une *appropriation injustifiée*. Il est alors évident que l'immobilisation de cet objet n'est pas possible. Il en est de même dans l'hypothèse où le possesseur du fonds y place certains objets mobiliers dont il est propriétaire. L'immobilisation n'est pas possible pour les mêmes raisons²⁴⁴. »

C'est confondre deux questions absolument distinctes : la nature juridique mobilière ou immobilière du bien n'a rien à voir avec l'appropriation de ce bien. On ne voit pas pourquoi le fermier propriétaire d'instruments d'exploitation en perdrait la propriété si de meubles ils devenaient immeubles pendant qu'ils sont affectés au service du fonds pris à bail. La méprise provient de l'obscurité qui entoure la règle de l'accessoire à laquelle on fait produire les

240. P. Gulphe, thèse, n° 61, p. 141.

241. Pour des exemples récents, cf. 1^{re} Civ., 23 mars 1960, *Bull.*, 1960, I, n° 176, p. 141 ; Paris, 26 novembre 1964, *D.*, 1965, somm., p. 49, *J.C.P.*, 1964, IV G, p. 36.

242. Cf. les références citées, *supra*, n° 223, note 140.

243. Cf. *supra*, n° 79.

244. Thèse précitée, n° 62, p. 145.

effets les plus divers. Mais nous avons assez longuement démontré que l'accession ne jouait pas automatiquement dès l'instant qu'on reconnaissait l'existence d'un rapport d'accessoire à principal²⁴⁵.

Dira-t-on que l'affectation entraînant immobilisation ne peut-être le fait que de celui qui a la propriété des deux biens parce que « l'idée mère » de l'immobilisation par destination est que « le meuble se trouve à perpétuité, du moins dans l'intention du propriétaire, attaché à l'immeuble, associé à sa destinée ?²⁴⁶ ». Dès lors « il n'y a effectivement que le propriétaire qui ait le droit, le moyen, et chez lequel en conséquence on puisse présumer le droit d'établir, entre son fonds et un objet mobilier, ces rapports durables de perpétuelle destination²⁴⁷ ». Quand l'auteur de l'affectation n'a que des droits temporaires sur le fonds, le rapport d'accessoire à principal n'a pas la permanence qui pourrait conduire à l'immobilisation juridique de l'accessoire.

Mais c'est introduire une condition qui ne se trouve pas dans la loi. Seul le sol est perpétuel. Seuls les fonds de terre et les bâtiments ne peuvent être qu'immeubles et ne sont pas susceptibles de changer de nature. Les fruits, les arbres... ne sont que temporairement immeubles. Ils peuvent être détachés du sol et devenir meubles, même en anticipant sur leur séparation matérielle du fonds. La destination émanant du propriétaire n'a elle-même rien d'immuable²⁴⁸. Que l'on exige que le rapport d'affectation ait une certaine stabilité pour entraîner immobilisation de l'accessoire est assez naturel. Trop de conséquences sont liées à la classification des biens pour qu'elles n'opposent pas une inertie sérieuse à des changements continuels de catégorie juridique. Mais, les conditions d'objectivité du rapport d'accessoire à principal sont suffisantes à cet égard sans exiger une perpétuité dans l'intention de l'auteur de l'affectation.

264. — Tout s'éclaire, au contraire, lorsqu'on considère que l'immobilisation par destination n'est qu'un moyen permettant à l'accessoire de suivre le sort du principal pour éviter d'en être séparé. Si la vente du fonds doit aussi porter sur les accessoires, il reste qu'on ne peut céder que ce que l'on a, les créanciers ne peuvent saisir plus que le patrimoine de leur débiteur, le legs de la chose d'autrui est nul...

La maxime *accessorium sequitur principale* ne permet pas de passer outre. Si, en effet, elle a pour but d'éviter la séparation de l'accessoire et du principal, elle se heurte là à un obstacle véritable qui ne se réduit pas à une exagération de la rigidité technique. Si le meuble accessoire appartient à un autre propriétaire comment empêcher celui-ci de le revendiquer ou d'en provoquer la distrac-

245. *Supra*, n° 221 s.

246. Demolombe IX, n° 199.

247. *Ibid.*, n° 202.

248. P. Gulphe, thèse, n° 62, p. 143.

tion au cas de vente ou de saisie avec le fonds²⁴⁹ ? L'accessoire ne pourra suivre le sort du principal. Il est par conséquent inutile de le faire changer de nature pour ouvrir la voie à la règle de l'accessoire qui ne fonctionnera pas. L'immobilisation par destination ne peut donc exister que si la chose mobilière est dans le même patrimoine que la propriété du fonds. « En somme cette première condition est une des données de l'hypothèse et non pas un moyen de solution²⁵⁰ ».

Il n'y a pas à faire de distinction selon l'existence, la nature ou la durée des droits de l'auteur de l'affectation s'il n'est pas propriétaire des deux choses. Locataire, usufruitier ou possesseur, il ne peut réaliser l'immobilisation²⁵¹ car la propriété d'un tiers implique virtuellement la séparation des deux biens.

249. Beudant-Voirin, IV, n° 114.

250. Planiol, Ripert, Picard, III, n° 80.

251. Il a été soutenu que les meubles affectés par l'usufruitier au service du fonds dont il a la jouissance, deviennent immeubles par destination (Duranton, IV, n° 73, p. 59), en invoquant le caractère durable de son droit qui l'apparente à un propriétaire. Cette position est critiquée (Demolombe, IX, n° 211 ; Aubry et Rau, II, § 164 ; P. Gulphe, thèse, n° 64, p. 150 s.) : outre ses inconvénients pratiques (cf. les auteurs précités), elle correspond à la théorie erronée selon laquelle l'immobilisation par destination est liée à la permanence (d'ailleurs nécessairement atténuée ici) de l'affectation (cf. *supra*, n° 263 ; P. Gulphe, thèse, *loc. cit.*).

En revanche, la doctrine paraît admettre aisément que le possesseur du fonds, lorsqu'il n'en est pas propriétaire, peut faire des immeubles par destination, du moins à l'égard des tiers et pendant que dure sa possession, car à l'égard du propriétaire l'immobilisation n'aurait pas lieu (Demolombe, IX, n° 208 ; Aubry et Rau, II, § 164 ; Planiol, Ripert, Picard III, n° 81). L'argument invoqué à l'appui de cette conception est tiré du fait que le possesseur agit en qualité de propriétaire. Dès lors, « tant que sa possession dure, il représente le véritable maître, *loco domini pene est*, envers quiconque ne revendique pas contre lui la propriété » (Demolombe, *op. et loc. cit.*). C'est, semble-t-il, rechercher sur le plan subjectif le fondement de la solution. L'intention du possesseur, agissant comme propriétaire, serait d'une « qualité » propre à opérer immobilisation des accessoires. Ne faudrait-il pas alors exiger du possesseur qu'il soit de bonne foi ? (En ce sens, Duranton, IV, n° 59, Marcadé, art. 524, n° 4). Celui qui sait n'être pas propriétaire réalise-t-il une affectation assez durable ? En général on ne distingue pas selon la bonne ou mauvaise foi du possesseur (Demolombe, IX, n° 209, Aubry et Rau, II, § 164). Mais on ne voit plus très bien en quoi la situation du possesseur est différente de celle de l'usufruitier ou du locataire. (Rappelons à cet égard que pour l'application de l'art. 555 le locataire est assimilé au possesseur de mauvaise foi.)

Pour nous, c'est là placer l'exigence que l'immobilisation par destination soit le fait du propriétaire des deux biens et les éventuelles atténuations à apporter à ce principe, sur un terrain qui ne convient pas. L'immobilisation n'a pas d'autre objet que de faciliter le fonctionnement de la maxime *accessorium sequitur principale*. Or, la revendication du propriétaire ne peut porter que sur ce qui lui appartient, puisque l'accession ne joue pas en présence d'un simple rapport d'affectation. Il en résultera la séparation de l'accessoire. Le possesseur ne peut davantage transmettre plus de droits qu'il n'en a. Dès lors on ne voit pas l'utilité

Ceci parce que la règle de l'accessoire ne peut à elle seule faire céder la propriété. Certes, il y a bien l'accession. Mais nous avons souligné que cette solution dépassait la portée de la seule maxime *accessorium sequitur principale* dont le sens particulier n'est alors qu'un procédé technique utilisé par la loi pour trancher un conflit particulièrement aigu²⁵². En décidant que seul le propriétaire des deux biens pouvait rendre des meubles accessoires immeubles, le Code civil a clairement manifesté que la théorie de l'immobilisation par destination se situait sur un tout autre plan, qu'il ne s'agissait que d'assurer le libre développement des conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal.

Non seulement, cette explication rend compte de l'exigence que l'auteur de l'immobilisation soit propriétaire à la fois du principal et de l'accessoire, mais elle éclaire la question discutée de la cessation de l'immobilisation par destination.

b) La cessation de l'immobilisation par destination.

265. — Les textes sont muets sur la question. Il est pourtant certain que l'immeuble par destination peut reprendre sa nature mobilière s'il est séparé du principal qui lui communiquait sa qualification. Plus précisément, le fondement de l'immobilisation par destination implique que celle-ci doit cesser *dès qu'elle n'est plus utile pour assurer le jeu de la maxime « accessorium sequitur principale »*, soit que le rapport d'accessoire à principal ait disparu, soit qu'un obstacle sérieux vienne s'opposer à ce que, désormais, l'accessoire suive le sort du principal.

C'est ce que décide la Cour de cassation : « Attendu que la qualité d'immeuble par destination dépend des conditions fixées par la loi et que la seule volonté du propriétaire, impuissante à créer arbitrairement des immeubles par destination, ne saurait non plus suffire à leur faire perdre cette qualité s'il n'y a pas eu *soit séparation effective* entre l'immeuble par nature et l'immeuble par destination, *soit aliénation de l'un ou de l'autre*²⁵³. »

D'un côté donc, si la destination du meuble change, s'il perd

de déclarer immeubles les meubles qu'il peut affecter au service du fonds puisque la règle de l'accessoire sera en échec.

252. Nous avons montré (*supra*, n° 236) que la situation issue du rapport d'affectation n'avait pas paru créer un conflit assez grave pour justifier un cas d'accession. Il est vrai que les raisons que nous avons exposées alors valent surtout lorsqu'il s'agit d'un fonds affecté au service d'un autre fonds, en raison de la perpétuité de l'immeuble. Il reste cependant qu'à la différence de la séparation d'un bâtiment du sol qui le porte, la rupture du lien de destination n'entraîne pas la destruction de l'accessoire. En tout cas, il est certain que le Code civil n'a pas fait jouer l'accession dans le cas d'affectation d'un meuble au service de l'exploitation d'un immeuble.

253. Civ., 27 juin 1944, *J.C.P.*, 1945, II, 2782, note Toujas ; *D.C.*, 1944, 93, note A.C.

sa qualité d'accessoire de l'immeuble, il retrouve sa catégorie naturelle. N'étant plus affecté au service du principal, il n'y a plus de raison pour qu'il en suive le sort et par conséquent il n'y a plus à dégager la voie de la maxime *accessorium sequitur principale*. Mais on comprend sans peine que la décision du propriétaire ne doit pas rester sur un plan strictement subjectif. Quelle que soit la voie technique qu'elle emprunte, la règle de l'accessoire implique la constatation objective d'un rapport d'accessoire à principal et tant que demeurent les signes extérieurs de l'affectation, on est fondé à présumer que sa base subjective est maintenue. Et ceci d'autant plus que la distinction des meubles et des immeubles, avec le faisceau des conséquences qui s'y attachent, doit échapper à l'emprise directe de la volonté individuelle²⁵⁴. La séparation doit être « effective », mais il suffit pour cela qu'elle soit objective ce qui ne signifie pas nécessairement qu'elle doive se traduire par un déplacement matériel²⁵⁵.

266. — D'un autre côté, l'immobilisation par destination doit cesser par la vente séparée des accessoires et du principal à des acquéreurs différents, ou par la vente des accessoires seuls, l'auteur de l'immobilisation conservant la propriété du principal. C'est là une cause propre de disparition de l'immobilisation.

Cette solution a été contestée. La séparation juridique des deux biens serait insuffisante si elle ne s'accompagne pas d'un déplacement matériel des objets.

C'est confondre deux causes distinctes de cessation de l'immobilisation. Sans doute, la vente ne fait-elle pas apparaître automatiquement un changement de destination des accessoires : « Rien d'apparent ne vient retirer à ces derniers la qualité qui leur avait été fictivement donnée²⁵⁶. » Mais, il n'est pas question ici de la rupture du rapport d'affectation. Simplement, la règle de l'accessoire ne peut plus jouer si la propriété du principal et de l'accessoire ne sont plus réunies sur une même tête. Il n'est en effet plus possible de garantir, au moyen de la maxime *accessorium sequitur principale*, le maintien du lien entre accessoire et principal, sans porter atteinte à la plénitude des droits de l'un des propriétaires. L'immobilisation par destination n'a donc plus de raison d'être, même si les objets qui retrouvent ainsi leur qualification de meubles demeurent affectés au service du fonds.

254. Cf. P. Gulphe, thèse, n° 54, p. 125 s.

255. Contra P. Gulphe, thèse, n° 60, p. 138 s. Mais la publicité de la rupture du lien d'affectation peut se réaliser autrement. « Supposons par exemple une machine servant à la marche de l'usine. Du jour où le propriétaire la remplace par une autre machine, elle cesse d'être immeuble par destination même si elle reste sur place en attendant qu'un acquéreur éventuel vienne l'enlever. » (G. Toujas, note précitée, *J.C.P.*, 1945, II, 2782.)

256. P. Gulphe, thèse, n° 60, p. 139.

Il est d'ailleurs pour le moins excessif, d'affirmer que « la jurisprudence exige dans toutes les hypothèses que les objets immobiliers soient séparés du fonds sur lequel ils se trouvent ²⁵⁷ ». Les tribunaux ne posent pas une telle condition ²⁵⁸. Ce qui est vrai, c'est que la vente séparée des immeubles par destination ne fait par elle-même cesser l'immobilisation que dans les hypothèses où la règle de l'accessoire s'en trouve paralysée. Et l'on peut effectivement citer des décisions qui ont subordonné la cessation de l'immobilisation en cas de vente séparée des accessoires et du principal, à la rupture apparente du rapport de destination ²⁵⁹. Mais il s'agit d'hypothèses où le fonds et les accessoires avaient fait chacun l'objet d'une aliénation distincte *mais au profit du même acquéreur*. Or, dans ce cas, la propriété des accessoires et celle du principal sont toujours réunies au sein d'un patrimoine unique. La maxime *accessorium sequitur principale* peut jouer sans obstacles pour maintenir le lien entre ces biens. La cessation de l'immobilisation ne se justifierait que par un changement de destination des objets immobilisés, changement qui devrait se manifester objectivement.

Ce n'est que si, à la suite de l'aliénation des accessoires, ceux-ci appartiennent à un autre que le propriétaire du principal, que, le jeu de la règle de l'accessoire étant désormais bloqué, l'immobilisation par destination doit cesser. La vente n'a pas alors à être accompagnée d'un déplacement matériel des biens.

267. — Cette solution présente cependant l'inconvénient d'un défaut de publicité. Voici, par exemple, l'auteur de l'immobilisation qui donne son fonds à bail en même temps qu'il vend les accessoires au preneur. Ce dernier continue l'exploitation du fonds et maintient le rapport d'affectation. Les accessoires et le principal n'appartiennent plus au même maître, mais rien n'a changé dans leur situation apparente.

Un raisonnement ingénieux a été avancé afin de faire de la mise en possession de l'acquéreur une forme de publicité qui évite les inconvénients des transmissions occultes, sans pour autant toujours exiger une rupture du lien de destination.

Si l'aliénation des accessoires fait cesser l'immobilisation, la vente est mobilière. « Mais précisément parce que cette vente est mobilière... il existe une autre règle générale de publicité qui est

257. *Ibid.*

258. Civ., 5 juillet 1880, *D.P.*, 1880, I, 321. — Alger, 19 mars 1884, *D.P.*, 1885, 2, 134. — Civ., 27 juin 1944, *J.C.P.*, 1945, II, 2782, note Toujas ; *D.C.*, 1944, 93, note A.C., précité. — Aix, 29 décembre 1949, *J.C.P.*, 1950, II, 5571, note R. Saint-Alary. — 1^{re} Civ., 4 juin 1962, *Bull.*, 1962, I, n° 284, p. 251 ; *D.*, 1962, somm. 133.

259. T. Civ., Estampes, 4 août 1846, *D.P.*, 1846, 4, 260. — T. civ., Lodève, 6 avril 1853, *D.P.*, 1854, 3, 15. — Civ., 15 décembre 1857, *D.P.*, 1858, I, 57. — Req., 6 juillet 1925, *D.H.*, 1925, 610. — Req., 23 février 1926, *D.H.*, 1926, 179. — Civ., 8 avril 1926, *D.P.*, 1926, I, 198 ; *S.*, 1927, I, 76.

celle de l'article 1141 du Code civil... celui-là seul peut opposer le contrat de vente qui a été mis en possession réelle du meuble...²⁶⁰ »

Dès lors, si l'on reprend l'hypothèse pratique que nous évoquons plus haut, quelle est la situation du locataire du fonds acquéreur des accessoires ? Les objets n'ayant pas été déplacés, sa possession est équivoque. Si donc le principal avait été postérieurement vendu à un tiers qui prétende avoir par là acquis la propriété des accessoires, c'est ce dernier qui l'emporterait en raison du vice entachant la possession du précédent acquéreur des mêmes accessoires.

Mais l'article 1141 ne conduit pas à un tel résultat. Selon ce texte, « Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi ». Or, si la possession du locataire acquéreur est équivoque, que dire de celle de son adversaire qui posséderait les accessoires par l'intermédiaire du locataire qui prétend les détenir *animo domini* ? Un tel conflit ne peut se régler sur le terrain de la possession et il faut appliquer la règle *prior tempore, potior jure*.

Surtout, cette conception dissocie arbitrairement l'immobilisation par destination et la maxime *accessorium sequitur principale*. Pour faire appel à l'article 1141, il faut considérer que la chose est « purement mobilière ». La vente des immeubles par destination aurait donc fait cesser l'immobilisation. Mais, d'un autre côté, c'est en vertu de la maxime *accessorium sequitur principale* que l'acquéreur du principal prétend à la propriété des accessoires. Or, si la règle de l'accessoire peut jouer, on ne voit pas pourquoi l'immobilisation par destination aurait cessé. Pour que le titulaire d'un droit réel sur le fonds puisse jouir d'un droit sur les accessoires, il faut à la fois que ces biens soient toujours affectés au service du principal et que leur vente à un tiers lui soit inopposable. Dans ce cas, les conditions de l'immobilisation sont toujours réunies et l'article 1141 est hors de question : il y a une certaine contradiction à considérer que la vente séparée des accessoires est opposable à tous en ce qu'elle fait cesser l'immobilisation et qu'elle est inopposable en ce qu'elle transfère la propriété de l'acquéreur²⁶¹.

260. R. Saint-Alary, note précitée, *J.C.P.*, 1950, II, 5571.

261. Cette analyse serait pourtant exacte si les accessoires déjà vendus à un tiers avaient de nouveau été spécialement vendus à l'acquéreur du principal qui en aurait été mis en « possession réelle » non équivoque. Dans ce cas, l'immobilisation aurait bien cessé mais la maxime *accessorium sequitur principale* aurait aussi été exclue. Il n'y aurait que le conflit entre deux acquéreurs successifs du même meuble, que règle l'art. 1141. Il faut encore observer que dans cette situation, la seconde vente des accessoires, seule efficace en raison de la possession (que l'on suppose par hypothèse non viciée) de l'acquéreur du principal

268. — En réalité, l'immobilisation par destination est liée au jeu éventuel de la maxime *accessorium sequitur principale* et si les accessoires redeviennent meubles en cas de vente séparée, c'est parce qu'ils ne peuvent plus suivre le sort du principal une fois qu'ils ne se trouvent plus dans le même patrimoine.

On remarquera d'ailleurs que ceci suppose que la vente des accessoires soit antérieure à celle du fonds. En effet, si c'était l'aliénation du principal qui était première en date, à moins que le vendeur se soit réservé dans l'acte la propriété des accessoires, la vente du fonds aurait entraîné transfert à l'acquéreur de la propriété des accessoires. Principal et accessoires seraient encore réunis dans un même patrimoine et l'immobilisation par destination demeurerait. Le vendeur du fonds ne pourrait faire cesser cette immobilisation en procédant à une nouvelle aliénation des accessoires. Il y aurait vente de la chose d'autrui.

L'application de ces principes ne présente guère de difficultés que lorsque le fonds a été non pas vendu mais hypothéqué antérieurement à l'aliénation des accessoires. L'hypothèque, en vertu de la maxime *accessorium sequitur principale*, porte sur les immeubles par destination. Mais le débiteur n'est pas dessaisi de ses biens²⁶² et il peut en profiter pour vendre les accessoires du fonds. S'il s'agissait d'immeubles par nature, le créancier hypothécaire bénéficierait du droit de suite. Mais, si l'aliénation des accessoires opère cessation de leur immobilisation, le créancier hypothécaire se verra opposer l'adage « meubles n'ont pas de suite par hypothèque », consacré par l'article 2119 du Code civil. Ce serait permettre au débiteur de diminuer le gage du créancier hypothécaire. Aussi, la jurisprudence considère-t-elle que la vente des immeubles par destination est inopposable à ce dernier et que les accessoires restent immeubles à son égard à moins que l'acquéreur de ces biens soit en mesure d'invoquer l'article 2279²⁶³, ce qui suppose pratiquement que le rapport d'affectation ait été objectivement rompu, faute de quoi sa possession serait équivoque²⁶⁴.

et des accessoires reconstituerait l'immobilisation par destination, le rapport d'affectation étant maintenu et les deux biens étant réunis dans le même patrimoine.

262. Cf. M. Nast, « De l'étendue du droit pour le propriétaire d'un immeuble hypothéqué de l'administrer et de l'exploiter », *Rep. Gen. prat. Not.*, 1935, p. 93, art. 24101 et p. 125, art. 24112.

263. M. Nast (article précité) préfère fonder la même solution sur une combinaison des articles 2118, 2119 et 1141.

264. Paris, 22 mai 1868, *D.P.*, 1869, 2, 72. — Req., 20 décembre 1875, *D.P.*, 1876, I, 343. — Civ., 1^{er} mai 1906, *D.*, 1909, I, 345 ; *S.*, 1909, I, 9, note Naquet. — Toulouse, 15 mars 1911, *D.P.*, 1911, 2, 309. — Cf. R. Saint-Alary, note précitée, *J.C.P.*, 1950, II, 5571. Cet auteur estime que la jurisprudence ne fait pas de distinction selon les dates respectives de constitution de l'hypothèque et de la vente des immeubles par destination. Mais les arrêts cités, qui ont admis la survie de l'immobilisation au profit du créancier hypothécaire sont intervenus alors que l'hypothèque était antérieure à la vente des accessoires. Lorsque la sûreté est posté-

Mais, on voit déjà par là que la coïncidence entre la maxime *accessorium sequitur principale* et l'immobilisation par destination n'est pas toujours parfaite. Or, l'adaptation de la technique de l'immobilisation à la règle de l'accessoire dont elle devrait faciliter le jeu n'est pas toujours facile ni même possible. Il risque alors de se produire un certain décalage entre la maxime *accessorium sequitur principale* proprement dite et le procédé qui était destiné à en faciliter le jeu.

B. — La discordance entre les limites
de l'immobilisation par destination et les conséquences
de la maxime *accessorium sequitur principale*

269. — Il y a toujours quelque danger à forger un instrument technique nouveau. Une fois lancé, il risque d'échapper aux mains de ses créateurs²⁶⁵. L'immobilisation par destination en est une illustration. Les conditions posées par les textes s'efforcent pour tant d'adapter la règle aux besoins de la maxime *accessorium sequitur principale*. Il arrive cependant que ces conditions soient réunies et que l'immobilisation joue, alors qu'il n'est même pas question de faire suivre à l'accessoire le sort du principal. Le mécanisme fonctionne, mais il dépasse son but.

A l'inverse, il est des rapports d'accessoire à principal que le Code civil n'a pas envisagés. L'immobilisation d'un meuble est si exceptionnelle que l'on n'a pas cru devoir étendre le système à ces hypothèses. Est-ce à dire que le meuble accessoire ne peut suivre le sort de l'immeuble principal ? On peut en douter. Mais faire jouer la maxime *accessorium sequitur principale* au-delà des limites de l'immobilisation par destination souligne le caractère artificiel d'une théorie dont on peut ainsi se passer.

a) L'immobilisation par destination dépasse les besoins de la règle de l'accessoire.

270. — Le premier mérite de l'immobilisation par destination est de faire apparaître d'une façon presque sensible l'unité économique dont l'immeuble est le centre. C'est encore son rôle essentiel en matière agricole. Ce l'est beaucoup moins en matière commerciale ou industrielle, où la théorie du fonds de commerce assure, sur d'autres bases, une certaine cohésion de l'exploitation. De là des « incidents de frontière²⁶⁶ » entre les deux théories, qui révèlent

rière l'aliénation des immeubles par destination fait cesser l'immobilisation (Alger, 19 mars 1884, *D.P.*, 1885, 2, 134, cité contra par M. Saint-Alary). En faveur de la distinction selon la date relative de la vente des immeubles par destination et de la vente ou de la constitution d'hypothèque portant sur le principal, cf. M. Fréjaville, thèse, p. 254, 255, 259.

265. Cf. R. Perrot, thèse, p. 3.

266. G. Lagarde, *S.*, 1938, 1, 337.

les dangers de l'immobilisation juridique. Devenue un cadre technique rigide, la règle de l'accessoire en vient à dépasser ses objectifs et à donner à la liaison entre l'immeuble et ses accessoires une fermeté que ne demandait pas la maxime *accessorium sequitur principale*.

A première vue, les deux théories auraient pu s'absorber l'une l'autre. Mais le fonds de commerce, comme l'immeuble, attirent plus facilement à eux des accessoires qu'ils ne deviennent accessoires eux-mêmes.

— On aurait pu songer à faire du fonds de commerce un immeuble par destination, au moins lorsqu'il est assez étroitement lié à un immeuble déterminé pour ne pouvoir être déplacé sans dommages pour lui et pour l'immeuble²⁶⁷. N'aurait-on pu considérer le fonds comme la synthèse des moyens d'exploitation de l'immeuble dans lequel il est localisé ? L'idée n'a guère eu de succès²⁶⁸. Le fonds de commerce est un meuble incorporel et, à tort ou à raison, la théorie de l'immobilisation par destination n'est appliquée qu'aux meubles corporels²⁶⁹. De plus, le fonds de commerce conçu autour de la clientèle, se présente avec un but propre. Il est pour le moins difficile, sinon impossible, de considérer qu'il n'est pas exploité pour lui-même, mais seulement pour tirer parti de l'immeuble²⁷⁰. Enfin, il n'aurait pas été très opportun de soumettre le fonds de commerce aux entraves du régime immobilier. D'autant plus que nombre de fonds sont exploités dans des immeubles pris à bail et, faute d'appartenir au propriétaire de l'immeuble, ne pourraient perdre leur caractère mobilier. Il en serait résulté une disparité gênante selon que le commerçant est propriétaire ou locataire de l'immeuble.

— A l'inverse, on aurait pu concevoir que l'immeuble soit, dans une certaine mesure, intégré au fonds de commerce. Il a été suggéré de « décider que les immeubles eux-mêmes qui sont affectés aux besoins du commerce ou de l'industrie font partie également du fonds de commerce, et par conséquent, en vertu de la maxime *accessorium sequitur naturam principalis*, doivent être assimilés à des meubles²⁷¹ ». Cette solution, malgré l'appui de quelques déci-

267. C'est, par exemple, le cas d'un hôtel, « si... l'hôtel reçoit principalement des hôtes de passage, d'ailleurs nombreux, parce que sa situation, aux abords d'une gare, par exemple, ou dans une rue principale très fréquentée crée l'affluence... » (P. Voirin, note sous Civ., 21 juillet 1937, *D.C.*, 1940, I, 18.)

268. V. cependant T. civ., Pau, 23 juillet 1884, *Gaz. Trib.*, 24 septembre 1884 ; Ch. Simon, « Le fonds de commerce » (Paris 1899), p. 22 ; M. Lavalette-Simon, *L'immobilisation des fonds de commerce et la loi de 1909*, thèse, Paris, 1913.

269. Riom, 29 mai 1934, *D.H.*, 1934, 470 ; *G.P.*, 1934, 2, 344. — *Infra*, n° 274 s.

270. Cf. J. Valéry, note sous Lyon, 17 février 1900, *D.P.*, 1903, 2, 251.

271. J. Valéry, note précitée.

sions²⁷², ne pouvait triompher : il n'y a pas de principe général en vertu duquel l'accessoire devrait emprunter la nature du principal, et si la loi organise l'immobilisation par destination, elle ne prévoit pas de réciproque. Mais, sans modifier la nature de l'immeuble ni inclure en entier le droit de propriété dans le fonds de commerce, on aurait pu songer à un démembrement de la propriété, la *jouissance* de l'immeuble devenant un élément du fonds de commerce. Car, concrètement, c'est ainsi que les choses se présentent, quel que soit le titre en vertu duquel le commerçant occupe les lieux. De la sorte, la théorie de l'immobilisation par destination aurait été débordée : au lieu de rassembler autour de l'immeuble les moyens de l'exploiter, c'est l'exploitation de l'immeuble qui se serait elle-même en quelque sorte matérialisée et serait devenue un élément constitutif d'un bien nouveau.

Telle n'est pas, en droit positif, la conception du fonds de commerce : exclusivement mobilier, il ne peut comprendre aucune fraction de la propriété de l'immeuble. D'une façon assez critiquable²⁷³, notre droit ignore les rapports entre le fonds de commerce et l'immeuble *au niveau des biens*, pour n'envisager que les relations *entre personnes* à l'occasion d'un bail. Il en résulte que le fonds de commerce comprend la créance du commerçant locataire contre le propriétaire de l'immeuble, tandis que si la même personne est à la fois propriétaire de l'immeuble et du fonds de commerce, le fonds n'a aucun rapport juridique, même indirect, avec l'immeuble où il est situé. C'est pourquoi, lorsqu'un fonds de commerce commun à deux époux est créé dans l'immeuble appartenant en propre à l'un d'eux, l'époux propriétaire de l'immeuble n'est pas tenu, lors de la dissolution de la communauté, de consentir un bail à l'acquéreur du fonds²⁷⁴.

272. Montpellier, 29 novembre 1897, *D.P.*, 1899, I, 353. — Pau, 6 novembre 1911, *S.*, 1913, 2, 193, note A. Wahl. — T. civ. Seine, 22 mars 1927, *G.P.*, 1927, 2, 257.

273. Cf. R. Savatier, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1958, p. 331 s. notamment, nos 34 s. — J.B. Blaise, « Les rapports entre le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel il est exploité », *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1966, p. 827 s.

274. Grenoble, 16 juillet 1951, *J.C.P.*, 1951, II, 6608, note A. Weill. — 1^{re} Civ., 25 novembre 1957, *J.C.P.*, 1958, II, 10509, note M. Ancel. — Malgré les inconvénients pratiques de la solution (cf. A. Weill note précitée) et en dépit des efforts d'une partie de la jurisprudence (Rennes, 18 mars 1942, *D.C.*, 1943, 15, note P. Voirin ; *J.C.P.*, 1943 II, 2478, note H. Rousseau — Rennes, 25 juin 1953, *D.*, 1953, 667, note P. Voirin. — T. civ., Pau, 22 octobre 1954, *D.*, 1955, 625, note L. Boyer) et de la doctrine (H. Rousseau note précitée ; L. Boyer, note précitée), les arguments en faveur de la solution adoptée par la Cour de cassation semblent juridiquement imparables (cf. P. Voirin note sous Civ. 21 juillet 1937, *D.C.*, 1940, I, 17 et notes sous les arrêts précités de la Cour de Rennes ; A. Weill, note précitée ; M. Ancel, note précitée ; J. Pélissier, « Fonds de commerce commun exploité dans un immeuble propre : Problème de l'existence d'un droit au bail », *D.*, 1962, chron., p. 121 s.). Pour les incidences de la loi

271. — Si l'immobilisation par destination n'atteint pas le fonds de commerce, l'immeuble, de son côté, reste intact et l'existence du fonds ne supprime pas, *a priori*, la possibilité d'immobilisation des accessoires de l'immeuble. De cette indépendance excessive naît un conflit entre la théorie du fonds de commerce et celle de l'immobilisation par destination, qui se disputent les mêmes biens. Si le matériel et l'outillage font normalement partie du fonds de commerce, l'article 524 du Code civil prévoit l'immobilisation des « pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes, ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines ». Le matériel peut donc être rattaché aussi bien au fonds de commerce qu'à l'immeuble²⁷⁵.

du 13 juillet 1965, cf. J.B. Blaise, article précité, *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1966, p. 867 s.

275. Ce n'est d'ailleurs pas le seul cas dans lequel la théorie de l'accessoire peut être invoquée dans un conflit entre le fonds de commerce et l'immeuble. Ainsi peut-on signaler la question soulevée par la réglementation subordonnant l'exploitation des moulins à une licence de mouture et à l'attribution d'un contingent annuel d'écrasement (cf. E. Becqué, « A propos de quelques difficultés soulevées par la licence d'exploitation des moulins et le contingent de mouture », *J.C.P.*, 1952, I, 1065 ; F. Terré, thèse, n° 81 et les références). S'agissant d'exploitation, ce contingent s'est naturellement trouvé en porte à faux entre l'immeuble et le fonds de commerce. On aurait pu y voir un droit immobilier. Il suffisait de considérer que les textes amputaient toutes les propriétés immobilières d'un attribut : la faculté d'exploiter l'immeuble sous forme de moulin, pour restituer ce droit, de façon limitée, à un certain nombre de propriétaires. Cette reconstitution d'une propriété plus complète au seul profit de quelques uns augmentant d'ailleurs du prix de la rareté la valeur de ce droit de propriété immobilière. C'est ce qu'a semblé admettre la Cour de cassation en considérant qu'il fallait, pour apprécier s'il y avait lésion de plus des 7/12, évaluer la plus-value que le contingentement avait pu donner au moulin vendu (Civ., 21 février 1951, *J.C.P.*, 1952, II, 7331, 1^{er} esp.). Devrait-on, au contraire, considérer que le droit d'écraser une certaine quantité de grain n'entre pas dans les attributs de la propriété ? Le conflit apparaît dès lors entre l'immeuble et le fonds de commerce. Droit incorporel, le contingent ne pouvait être considéré comme un immeuble par destination (T. civ. du Havre, 4 juin 1943, *G.P.*, 1943, 2, 95). Mais en principe incessible, *non susceptible d'être reporté sur un autre moulin*, ne devait-on pas y voir un droit mobilier accessoire de la propriété de l'immeuble ? (Sur la question du rapport d'accessoire à principal entre un droit mobilier et un droit de propriété immobilier, cf. *supra*, n°s 73 s.) La conséquence aurait été qu'il ne devait pas être pris en considération pour la lésion, en raison de sa nature mobilière, mais que par suite de son caractère accessoire, il devait être réputé cédé à l'acquéreur de l'immeuble. Or, la Cour de cassation a précisément refusé de faire produire à la vente des éléments immobiliers le transfert à titre d'accessoire du contingent de mouture (Com., 30 avril 1952, *J.C.P.*, 1952, II, 7331, 3^e esp. ; D., 1953, 76), ce qui non seulement est difficilement conciliable avec la décision précédente relative à la lésion, mais implique que ce droit n'est pas rattaché à l'immeuble, mais « s'analyse en un élément incorporel du fonds de commerce (ou d'industrie) de meunerie » (E. Becqué, *loc. cit.*). Cette position est parfaitement défendable. Mais on aurait pu tout aussi bien estimer que le contingent de mouture était affecté à l'exploitation de l'immeuble. Il y a

L'hypothèse-type est celle du nantissement du fonds de commerce : la loi du 17 mars 1909 prévoit la possibilité de stipuler que le matériel et l'outillage seront compris dans le nantissement. Mais, selon la jurisprudence, « le nantissement d'un fonds de commerce, ne pouvant porter que sur des meubles, est nul en tant qu'il vise un matériel qui est immeuble par destination ²⁷⁶ ».

Or, cette solution est pratiquement regrettable ²⁷⁷. Elle n'est pas non plus exigée par la maxime *accessorium sequitur principale*. La règle de l'accessoire ne frappe pas les biens d'indisponibilité et lorsqu'elle aboutit, par exemple, à transférer la propriété de l'accessoire à l'acquéreur du principal, elle ne fonctionne qu'à défaut de volonté contraire exprimée : il reste possible de vendre les accessoires séparément. Pourquoi ne pourrait-on les isoler juridiquement pour en faire un moyen de crédit distinct du principal ?

L'obstacle vient ici seulement de l'immobilisation par destination.

Un raisonnement assez séduisant a alors été tenu ²⁷⁸ : l'immobilisation peut cesser lorsque le propriétaire déplace les objets de telle sorte qu'il apparait qu'ils ne servent plus à l'immeuble. Cette situation se réalise dans le gage, le créancier gagiste étant matériellement mis en possession des biens. Mais le nantissement, s'il s'opère sans dépossession, doit faire l'objet d'une inscription qui donne au créancier nanti une possession fictive. « Ne peut-on pas dire que cette inscription révèle aux yeux des tiers, la volonté du propriétaire de faire cesser l'immobilisation par destination et de séparer le meuble, immobilisé par destination, de l'immeuble dont il était jusqu'alors l'accessoire ²⁷⁹ ? »

Pris sous cet angle, l'argument ne pouvait avoir aucun succès

un conflit qui ne peut recevoir de solution vraiment satisfaisante. Le même conflit est tranché en sens opposé quand il s'agit de l'outillage et du matériel d'exploitation en raison du jeu de l'immobilisation par destination. Le critère serait-il la nature corporelle ou incorporelle du bien ? Si c'est le cas, on ne peut guère s'en estimer satisfait.

276. Civ., 27 juin 1944, *D.C.*, 1944, 93, note A.C. ; *J.C.P.*, 1945, II, 2782, note G. Toujas. Dans le même sens : T. Civ., Dijon, 30 mars 1908, *D.P.*, 1909, 2, 153, note J. Percerou ; S., 1913, 2, 282, sous-note a). — Alger, 26 mai 1909, *D.P.*, 1913, 2, 6. — Req., 20 janvier 1913, S., 1920, 1, 33, note A. Wahl. — Amiens, 2 avril 1930, *D.*, 1932, 2, 97, note A.C. — Paris, 5 juillet et 18 novembre 1935, *D.P.*, 1936, 2, 30, note H. Lalou. — Req., 28 juillet 1937, *D.H.*, 1937, 534 ; *G.P.*, 1937, 2, 639.

277. Cf. les commentaires cités à la note précédente. Les critiques les plus fréquemment relevées sont que cette solution aboutit à une mutilation du fonds de commerce, qui rend assez vain le nantissement, et à une disparité choquante entre la situation du commerçant propriétaire de l'immeuble où il exploite son fonds et celle de celui qui n'est que locataire. (Sur ce point, cf. J. Sillard, *Le commerçant propriétaire de l'immeuble où il exploite son fonds de commerce*, thèse, Rennes, 1933, n° 114, p. 173.)

278. Cf. A. Wahl, notes, S., 1913, 2, 231, S., 1920, 1, 33. — H. Lalou, note *D.P.*, 1936, 2, 30.

279. H. Lalou, note précitée, *D.P.*, 1936, 2, 31.

devant la Cour de cassation, dont la position est que « lorsqu'un matériel est immeuble par destination, son affectation à une exploitation commerciale ne saurait lui faire perdre ce caractère²⁸⁰ ». Il est vrai, en effet, que la destination commerciale donnée au matériel ne s'oppose pas au service de l'immeuble, bien au contraire, puisque le propriétaire a décidé de tirer parti de son immeuble en y exploitant un fonds de commerce. Pour dissocier l'intérêt du fonds de celui de l'immeuble, il aurait fallu adopter une conception du fonds de commerce qui n'est pas celle que retient le droit positif. Or, l'inscription du nantissement manifeste l'affectation du matériel à l'exploitation du fonds de commerce et, loin de rompre le lien de destination, source de l'immobilisation, le confirme.

272. — Mais le rapprochement avec le gage proprement dit, dont nul ne doute qu'il opère extinction de l'immobilisation par destination²⁸¹ peut être envisagé sous un autre aspect. La mise en possession du créancier gagiste joue en effet un double rôle : le déplacement de l'objet le rend inapte au service de l'immeuble et rompt, au moins provisoirement, le lien d'affectation ; mais le droit de rétention du créancier empêcherait en tout état de cause le bien remis en gage de suivre le sort de l'immeuble. La maxime *accessorium sequitur principale*, à supposer que l'on pût encore parler d'accessoire, serait paralysée. Or, si l'inscription du nantissement laisse le matériel en place et n'interdit pas qu'il demeure au service de l'immeuble, ne bloque-t-elle pas le fonctionnement éventuel de la règle de l'accessoire, justifiant en même temps la disparition de l'immobilisation ? La maxime *accessorium sequitur principale* semble se heurter à la possession fictive du créancier, possession protégée pénalement. Sans doute, le nantissement est-il une sûreté mobilière et ne pourrait jamais porter sur un immeuble par nature. Mais l'immeuble par destination qui n'est immeuble que juridiquement, peut redevenir meuble par une opération juridique. De même que la vente séparée d'immeubles par destination est une vente mobilière²⁸² parce qu'elle met fin *ipso facto* à l'immobilisation, on pourrait concevoir que l'acte conférant un nantissement sur les immeubles par destination en opère en même temps la mobilisation²⁸³.

La maxime *accessorium sequitur principale* ne prévaut pas contre un acte contraire et si elle permet d'éviter dans une certaine

280. Civ., 27 juin 1944, *J.C.P.*, 1945, II, 2782, note G. Toujas ; *D.C.*, 1944, 93, note A.C.

281. Sous réserve des droits d'un créancier hypothécaire antérieurement inscrit. Cf. E. Naquet note sous Civ., 1^{er} mai 1906, *S.*, 1909, I, 9. Cf. *supra*, n° 268.

282. Cf. R. Saint-Alary, note précitée *J.C.P.*, 1950, II, 5571.

283. Il faudrait cependant admettre que cette mobilisation est inopposable aux créanciers hypothécaires antérieurement inscrits (cf. Aix, 12 février 1912, *S.*, 1913, 2, 281, note A. Wahl ; cf. *supra*, n° 268).

mesure la séparation des deux biens, elle ne crée pas entre eux un lien d'indivisibilité ni ne frappe l'accessoire d'indisponibilité.

273. — La Cour de cassation n'admet cependant pas cette solution, et cette attitude, critiquable à maints égards²⁸⁴ est compréhensible : la distinction des meubles et des immeubles est, en principe, au-dessus de la volonté des parties²⁸⁵. La loi prend à cet égard en considération des faits qui peuvent avoir une origine volontaire. Mais elle fixe avec assez de précision les conditions pour qu'un bien entre dans l'une ou l'autre catégorie. L'immobilisation par destination suppose un rapport d'affectation objectif entre les accessoires et un immeuble par nature. Elle suppose aussi que les deux biens soient réunis au sein d'un même patrimoine. Que l'une de ces deux conditions disparaisse, les accessoires redeviennent meubles. Mais on comprend que l'on hésite à faire cesser l'immobilisation par destination alors que ces deux conditions subsistent. Et c'est bien le cas dans notre hypothèse : le rapport d'affectation, du moins dans l'interprétation de la Cour de cassation, n'est pas rompu et le nantissement ne fait pas perdre dès l'origine au propriétaire du principal la propriété des accessoires.

Mais on mesure le danger de la méthode employée par le Code civil : les raisons qui justifient l'immobilisation par destination ne se rencontrent plus et cependant elle subsiste. Quel curieux renversement du rôle de la maxime *accessorium sequitur principale* ! Alors qu'elle fonctionne d'ordinaire pour assouplir le cadre technique et promouvoir des solutions pratiquement heureuses que l'application rigoureuse des règles établies écarterait, elle devient elle-même une pièce de ce cadre rigide et aboutit à consacrer une situation artificielle qui met obstacle à des solutions souhaitables. Le jeu de la règle de l'accessoire repose dans une large mesure sur un raisonnement qui démontre qu'une disposition devient, en présence du rapport d'accessoire à principal, une technique vide de sens, qui se nourrit elle-même et, ne servant plus le but pour lequel elle est créée, peut-être écartée sans dommages. Or, voici que l'on peut appliquer le même raisonnement à la maxime *accessorium sequitur principale* elle-même, ou du moins à la forme technique qu'elle prend ici. Comme toute technique, l'immobilisation par destination risque de se couper de son but.

A l'inverse d'ailleurs, cette rigidité de l'immobilisation par destination pourrait faire craindre qu'elle n'aboutisse à une consécration trop étroite de la règle de l'accessoire.

284. J.-B. Blaise, article précité, *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1966, p. 854.

285. P. Gulphe, thèse, n° 54, p. 125.

b) La maxime *accessorium sequitur principale* déborde l'immobilisation par destination.

274. — « La caractéristique essentielle de l'immobilisation par destination est d'avoir été conçue exclusivement à l'égard des meubles corporels ²⁸⁶ ». C'est une des raisons majeures qui permettent d'exclure l'immobilisation d'un fonds de commerce. Il est vrai que les exemples qui figurent au Code civil ne concernent que des choses. Pourtant, des droits peuvent être accessoires d'un immeuble ²⁸⁷. Si l'immobilisation par destination des droits accessoires est refusée, ce n'est pas seulement parce que l'on peut encore éprouver quelques hésitations à admettre qu'un droit puisse être accessoire d'une chose. A vrai dire, c'est un point souvent rappelé, la distinction des meubles et des immeubles ne convient qu'aux choses corporelles. On arrive à faire entrer les droits et actions dans la classification en s'attachant à l'objet auquel ils s'appliquent. Mais c'est déjà une qualification dérivée. Ajouter encore un autre critère prenant en considération le caractère accessoire du droit lui-même (et non de son objet) éloignerait encore de la réalité concrète qui est à la base de la distinction des meubles et des immeubles.

Quelle qu'en soit l'explication, l'exclusion des droits de la catégorie des immeubles par destination est certaine. La classification des biens est l'œuvre de la loi et il ne paraît pas possible d'aller au-delà des textes.

Un droit de créance ayant pour objet une obligation de faire ne figure pas parmi les droits immobiliers et il est de tradition d'y voir un meuble ²⁸⁸. Mais, un tel droit pourrait être accessoire d'un immeuble. Faut-il décider qu'il ne peut suivre le sort du principal, faute de pouvoir emprunter sa nature ?

Voici par exemple, le propriétaire d'une villa séparée de la route par un terrain, qui a pris à bail ce terrain à la fois pour avoir accès à la voie publique et accroître l'agrément de sa propriété en évitant ainsi la promiscuité d'une autre construction, voire d'un terrain de camping ou d'une guinguette... Les créanciers du propriétaire pratiquent une saisie immobilière sur la villa. Le débiteur entend faire échapper à cette saisie son droit au bail sur le terrain contigu, menaçant ainsi de déprécier gravement la propriété et de décourager les acheteurs. Ne peut-on décider que le droit au bail doit suivre le sort du principal et être saisi avec lui ²⁸⁹ ?

Il faut d'abord savoir si ce droit au bail peut être considéré comme un accessoire de la propriété de la maison. La nature de droit de créance du bail n'est plus guère discutée. Mais ce n'est pas

286. P. Gulphe, thèse, n° 16, p. 60.

287. *Supra*, n° 73 s.

288. Cf. Demolombe IX, n° 372 s. — Planiol, Ripert, Picard III, n° 94.

289. T.G.I. Versailles, 27 avril 1964, *J.C.P.*, 1965, II, 14299, note P. Raynaud.

nécessairement un obstacle. La question dépend d'une appréciation des faits. Tout dépend du point de savoir si le rapport d'affectation paraît assez nettement et durablement établi. Les hésitations peuvent surtout provenir ici du fait que le bail sert à l'usage, improductif, d'une maison d'habitation et qu'en cette hypothèse, il est plus difficile d'isoler le droit dont les effets ne peuvent profiter à son titulaire qu'au travers de l'utilisation du principal, de celui dont les avantages peuvent être directement perçus. En soi, cependant, ce mode d'exploitation du fonds n'interdit pas de reconnaître l'existence du rapport d'accessoire à principal²⁹⁰.

En supposant établi le lien d'affectation, la saisie immobilière peut-elle entraîner à sa suite saisie du droit au bail ?

Sans le secours de la loi, il n'est pas possible de faire du droit au bail un droit immobilier : le rapport d'accessoire à principal ne fait pas à lui seul changer l'accessoire de nature. Il explique seulement l'intérêt qu'il y a à ne pas séparer l'accessoire du principal.

Mais précisément n'est-il pas possible de mettre en œuvre la maxime *accessorium sequitur principale* sans aller jusqu'à modifier la qualification de l'accessoire ? Il est plus facile de tenir compte de la destination des droits pour aménager partiellement leur régime juridique que pour les faire changer de nature²⁹¹, changement qui risque de déborder le but poursuivi. Or, en notre hypothèse, l'obstacle à la règle de l'accessoire provient de la spécificité de la saisie immobilière qui ne peut, en principe, porter que sur des immeubles. Mais les raisons qui justifient une technique différente pour saisir un droit mobilier ont-elles toujours la même valeur en présence du rapport d'accessoire à principal ? Il semble que l'obstacle peut être franchi et que la saisie de l'immeuble peut entraîner saisie du droit au bail sans pour autant transformer la nature de ce dernier²⁹². Admettre cette solution serait faire prévaloir la maxime *accessorium sequitur principale* sur un excès de rigidité des règles techniques.

Ceci montre en tout cas que lorsqu'elle n'est pas érigée elle-même en catégorie, la règle de l'accessoire tend à assouplir les cadres existants parce qu'elle exprime un raisonnement qui replace la technique au service du but en vue duquel elle a été créée.

275. — Est-ce à dire que la méthode employée par le Code civil dans l'immobilisation par destination est a priori condamnable ?

290. Rapp. la jurisprudence en matière d'enclave, *supra*, nos 53 s. Cf. Denis Landreau, « L'enclave », *J.C.P.*, 1963, I, 1784.

291. Cf. R. Garron, « Influence de la destination sur le régime juridique des droits », *D.*, 1965, chron., p. 191.

292. T.G.I., Versailles, 27 avril 1964, *J.C.P.*, 1965, II, 14299, note P. Raynaud précité. Demolombe admettait déjà cette solution (IX, n° 374). Après avoir démontré qu'une obligation de faire ou de ne pas faire est mobilière, il attribue néanmoins les droits mobiliers accessoires au légaltaire de l'immeuble.

Elle a, à tout le moins, le mérite d'insister sur le lien résultant du rapport de destination. Elle en donne une image physique qui n'est sans doute pas sans influence psychologique. En imposant la règle de l'accessoire au-delà de ses bornes naturelles, elle lui donne une autorité incontestable.

Surtout, c'est une prise de position dans l'éternel débat entre la sécurité d'une rigueur parfois brutale, et la souplesse d'un raisonnement chaque fois renouvelé mais dont l'issue est moins certaine. Faire d'un meuble un immeuble aboutit parfois à des conséquences arbitraires, mais il peut être délicat de définir les limites au-delà desquelles on ne peut plus démontrer que l'accessoire doit suivre le sort du principal.

C'est ainsi que, pour en revenir à notre exemple, on peut sans doute démontrer que la saisie portant sur un immeuble peut atteindre un bien d'une nature différente. Mais est-il certain que l'obstacle soit toujours franchissable ? Le bail est un contrat générateur de droits et d'obligations. Or, nous avons montré que la nature même des dettes opposait à leur transmission une résistance tenant à des raisons plus profondes qu'un simple jeu de règles strictement techniques²⁹³. La saisie d'un droit au bail aboutit à la vente de ce droit. « Ce n'est pas seulement le droit au bail qui sera transmis à l'adjudicataire sur saisie immobilière, mais le contrat tout entier avec les droits et aussi les obligations qu'il comporte²⁹⁴ ». Ici, l'objection est sérieuse et ce n'est pas la règle de l'accessoire qui permet de passer outre. Pour justifier la solution que tend à atteindre la maxime *accessorium sequitur principale*, il faut, soit admettre la transmission séparée des créances, sauf à faire jouer l'*exceptio non adimpleti contractus* si le cessionnaire n'exécute pas les obligations corrélatives, soit admettre la validité d'une cession globale de contrat²⁹⁵.

Ceci montre que lorsque la règle de l'accessoire se trouve seule et n'est pas coulée dans une forme rigide telle que l'immobilisation par destination, il est parfois difficile de déterminer jusqu'où il est possible de pousser le raisonnement. Le risque est grand de dépasser l'assouplissement légitime des règles légales pour introduire un germe de ruine de la sécurité que procure un cadre technique précis. Il faut chaque fois mesurer avec précision la résistance opposée à la maxime *accessorium sequitur principale* car, même en donnant à la règle de l'accessoire sa portée la plus large, elle ne peut bouleverser l'ordre juridique entier.

C'est précisément ce genre de difficultés qu'évite la théorie de l'immobilisation par destination. Chacune des deux voies qui peuvent être suivies pour éviter la séparation fâcheuse de l'accessoire et du principal présente donc ses avantages et ses défauts. Mais il

293. *Supra*, n° 97 s.

294. P. Raynaud, note précitée, *J.C.P.*, 1965, II, 13299.

295. *Ibid.*, cf. *supra*, n° 103.

est des hypothèses où les deux méthodes se rencontrent et où l'accessoire ne peut pas suivre le sort du principal sans en même temps changer de nature. L'abandon de caractères essentiels de la catégorie où l'analyse devrait conduire à ranger l'accessoire paraît, peut-être, moins artificiel que le procédé de l'immobilisation par destination. Les effets de la maxime *accessorium sequitur principale* n'en dépassent pas moins les conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal.

Sous-Section 2. — Le changement de nature de l'accessoire, effet nécessaire du jeu de la maxime *accessorium sequitur principale*. Les obligations accessoires d'une servitude ; les obligations réelles.

276. — Trouver des exemples dans lesquels la coloration de l'accessoire au contact du principal soit aussi nette que dans l'immobilisation par destination, serait difficile. Ce n'est guère étonnant si l'on songe combien ce procédé paraît audacieux, alors surtout que la transformation juridique de l'accessoire ne serait pas nécessaire pour lui permettre de suivre le sort du principal.

Mais il arrive que le problème ne se pose plus dans les mêmes conditions et que le choix entre les deux méthodes perde de son intérêt parce que, de toutes façons, l'accessoire *ne peut* suivre le sort du principal sans subir de transformation.

Tel est le cas des obligations accessoires d'un droit réel si elles suivent le sort du principal au point de se transmettre avec lui par l'effet de la maxime *accessorium sequitur principale*. La dette reste attachée à la personne de l'obligé. Cette caractéristique du rapport d'obligation, envisagé du point de vue passif, a toujours été un obstacle à la cession de dette à titre particulier. Cet obstacle, la « règle logique » de l'accessoire ne peut le franchir. Nous avons souligné cette importante limite aux conséquences que le bon sens permet de tirer d'un rapport d'accessoire à principal²⁹⁶. Il y est pourtant parfois passé outre. La règle de l'accessoire balaye alors l'objection parce que les nécessités pratiques l'imposent.

On retrouve ici des questions que nous avons évoquées lors de notre exposé de la « règle logique » de l'accessoire. Mais les discussions peuvent être menées plus loin, les théories se présentent sous un jour nouveau : lorsque les besoins sont plus impérieux, la technique juridique doit fournir les solutions que le bon sens seul ne permet pas d'obtenir.

Ce dépassement des conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal est assez apparent dans le cas des « obligations accessoires d'une servitude ».

La jurisprudence les multiplie. Et pourtant, on sait les difficultés que soulève un rapport d'accessoire à principal entre une obli-

296. *Supra*, n^{os} 97 s.

gation et un droit réel²⁹⁷. Mais ici, il ne s'agit pas d'obligations ordinaires. Ce sont des « obligations réelles ».

On ne peut mieux souligner que par le rapprochement de ces deux mots contradictoires l'influence qu'exerce le principal sur l'accessoire. En devenant « réelles » les obligations accessoires cessent d'être rigoureusement attachées à la personne du débiteur, ce qui était l'obstacle majeur sur lequel venait buter la maxime *accessorium sequitur principale*.

N'est-ce pas trop demander à la règle de l'accessoire ? Les « obligations accessoires d'une servitude » ne sont pas les seules « obligations réelles » de notre Droit. Et si la maxime *accessorium sequitur principale* est plus ou moins confusément invoquée en matière de servitudes, il n'en est plus guère question dans les autres cas d'« obligations réelles ». Mais, que peut-on tirer de cette constatation ? De deux choses l'une : ou bien la notion d'« obligation réelle » n'a rien à voir avec la règle de l'accessoire pas plus en matière de servitudes qu'ailleurs, ou bien la maxime *accessorium sequitur principale* joue un rôle dans les « obligations accessoires d'une servitude » et il est permis de penser que l'explication donnée pour un cas d'« obligations réelles » n'est pas dépourvue de valeur dans les hypothèses voisines. La question mérite au moins d'être posée.

§ 1. — Les « obligations accessoires d'une servitude ».

277. — A première vue, l'examen des textes du Code civil ne fait pas ressortir de difficulté particulière.

Pleins de méfiance à l'égard des « services fonciers » en lesquels ils voyaient la menace d'un retour à la féodalité, les rédacteurs du Code civil ont écrit à l'article 686 : « Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés *ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds...* ». On exprime encore ce principe par l'adage : « *servitus in faciendo consistere non potest* ».

Le souci d'enfermer les servitudes dans des limites étroites n'a cependant pas été poussé jusqu'à l'absurde.

297. *Supra*, n° 73 s. Il est à remarquer que la terminologie traditionnelle insiste sur l'originalité de la liaison entre un droit réel et un droit personnel. L'expression de « droits réels accessoires » est réservée aux sûretés réelles (cf. J. Carbonnier, *Droit civil*, II, n° 12, p. 33), c'est-à-dire aux droits réels accessoires d'une créance. Pourtant, il est d'autres droits réels accessoires. Sans parler de la propriété, il suffit de songer aux servitudes. Mais s'agissant de droits réels accessoires d'autres droits réels, leur régime ne subit pas d'atteinte aussi grave que lorsqu'un droit réel suit, partiellement, le sort d'une créance. Le bouleversement est encore bien plus considérable lorsque c'est une obligation qui est accessoire d'un droit réel.

« Toute servitude est une atteinte au droit de propriété et doit, de ce fait, être interprétée restrictivement. Mais, l'article 696 C. civ., selon lequel « quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user », permet d'atténuer la rigueur du principe²⁹⁸ ». En effet, si la propriété permet de saisir toutes les utilités d'une chose, la servitude confère seulement au propriétaire du fonds dominant le droit de tirer certains services du fonds servant : il a le droit de passer, le droit de puiser de l'eau... et rien d'autre. Un tel droit, isolé, ne confère pas toujours par lui-même des prérogatives permettant de l'exercer pratiquement. Pour rendre le droit effectif il faut alors lui *ajouter* un autre droit qui le complète : « Ainsi, dit l'article 696 lui-même, la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui, emporte nécessairement le droit de passage ». Le droit de puisage peut exister indépendamment de tout droit de passage ; il n'est efficace qu'au moyen du droit de passage qui, lui, n'existe qu'en vue de permettre l'exercice du droit de puisage. On reconnaît là le jeu habituel de la maxime *accessorium sequitur principale* : le contrat créant la servitude principale comporte comme suite nécessaire la constitution d'une servitude accessoire²⁹⁹.

Cette règle de bon sens³⁰⁰ développe aussi ses effets dans une autre direction. Les prérogatives conférées par la servitude sont strictement définies. Ayant le droit de puiser de l'eau à la fontaine, le titulaire de la servitude ne peut s'y baigner... Mais si la fontaine est obstruée, faudrait-il lui refuser le droit de la dégager, au motif que les actes qu'il accomplirait dépasseraient le simple puisage qui lui est permis ? Prolongeant la règle de l'article 696, l'article 697 décide heureusement : « Celui auquel est dûe une servitude, a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver ».

L'article 698 poursuit : « Ces ouvrages sont à ses frais et non à ceux du propriétaire du fonds assujetti, à moins que le titre d'établissement de la servitude ne dise le contraire ». Il n'était peut-être pas inutile de préciser que les travaux sont en principe aux frais du titulaire de la servitude qui les entreprend. S'il les effectue, en effet, dans son intérêt, ils profitent souvent aussi au propriétaire du fonds servant : l'aménagement de la fontaine permettra non seulement au bénéficiaire de la servitude mais aussi au propriétaire du fonds servant, de puiser de l'eau. On aurait pu songer à une répartition de la charge financière au prorata du profit que les différents intéressés tireront des frais engagés. C'eût été une source de difficultés qu'écarte le Code civil. D'ailleurs, il n'interdit pas une telle combinaison, puisqu'il permet d'aller plus loin encore en mettant tous les

298. D. Tallon, note sous 1^{re} Civ., 14 octobre 1963, *D.*, 1964, 513.

299. Cf. *supra*, n^{os} 93 s.

300. Cf. M. Kornprobst, *Etude sur la notion de servitude en droit privé français contemporain*, thèse, Strasbourg, 1936, p. 237.

frais à la charge du propriétaire du fonds servant. On peut penser qu'en une pareille hypothèse les travaux envisagés profitent surtout à ce dernier. Et l'on comprend alors que l'article 699 lui permette de « s'affranchir de la charge, en abandonnant le fonds assujéti au propriétaire du fonds auquel, la servitude est due ». En abandonnant le fonds, il renonce à tirer profit des ouvrages et le titulaire de la servitude en sera seul bénéficiaire.

278. — Ici, il faut s'arrêter. Il n'est pas normal que le débiteur puisse s'affranchir de la dette sans paiement. La faculté d'abandon n'est pas du régime des obligations, mais de celui des droits réels. Lorsque le propriétaire du fonds servant s'est engagé à effectuer à ses frais les ouvrages nécessaires à l'usage de la servitude, cette obligation de faire est, au moins partiellement, soumise au régime des droits réels. Or, d'où vient qu'elle se teinte ainsi de réalité ? Une réponse vient aussitôt à l'esprit : « L'obligation de faire imposée au propriétaire du fonds servant sur le fondement de l'article 698 est réelle parce qu'elle est *accessoire à la servitude* ³⁰¹ ».

Cette solution est fort intéressante. Il est interdit d'ériger l'activité humaine en servitude. Mais une obligation, si elle est accessoire à une servitude, est soumise à un régime proche de celui des servitudes.

Les tribunaux ont largement tiré parti de cette situation. Dans l'article 698 ils ont vu une application particulière d'un principe général : la règle de l'article 686 ne s'oppose pas à la création d'obligations accessoires d'une servitude qui, par leur régime, « ressemblent à une servitude *in faciendo* ³⁰² ». Ainsi, non seulement l'aménagement, l'entretien ou la reconstruction d'ouvrages sur le fonds servant mais aussi le transport de matières, l'extraction de minerais, le maintien d'un certain type d'exploitation du fonds... ont fait l'objet d'obligations qui, parce qu'elles ont été qualifiées d'accessoires, ont été soumises à un régime très voisin des servitudes. Par le biais de l'utilisation de la notion d'accessoire, l'obstacle majeur à l'extension des servitudes que constitue la règle *servitus in faciendo consistere non potest* s'est trouvé considérablement atténué ³⁰³.

279. — Mais le mécanisme selon lequel peut ici intervenir la maxime *accessorium sequitur principale* demeure assez obscur. On peut même penser que c'est à la faveur de cette obscurité que s'est développée une véritable « inflation » des obligations accessoires des servitudes, peu favorable à une claire compréhension du jeu de la règle de l'accessoire.

En effet, si l'on ne prend en considération que les résultats auxquels arrive la jurisprudence, le principe *servitus in faciendo con-*

301. M. Kornprobst, thèse, p. 274.

302. Marty et Raynaud, II, 2, n° 140.

303. *Ibid.*, n° 296.

sistere non potest paraît largement vidé par l'exception qui se glisse par la brèche de la notion d'accessoire. « On comprend mal pourquoi un propriétaire voit ses obligations positives limitées à certaines prestations arbitrairement qualifiées d'accessoires³⁰⁴ ». Le détour paraît inutile et c'est l'abandon de l'article 686, ou du moins de son interprétation traditionnelle qui semble le terme de l'évolution : « A la réflexion, l'argument sur lequel est fondée la validité de cette prestation positive est fort décevant, car on ne voit pas pourquoi si la servitude interdit au principal une prestation positive, elle pourrait l'autoriser à titre accessoire. Dire que la prestation est « accessoire » à la servitude est une constatation qui ne justifie rien. Ici encore, nous nous trouvons en face d'une limitation au principe *servitus in faciendo consistere non potest*, limitation qui n'est pas justifiée. Si l'on s'est contenté de cette explication formelle, n'est-ce pas que les besoins commandaient de tourner ou limiter le principe posé au départ³⁰⁵ ? ».

Doit-on aller jusque-là ?

Il est clair que si la prohibition des servitudes *in faciendo* venait à être levée, la question du rôle de la maxime *accessorium sequitur principale* en ce domaine ne présenterait guère d'intérêt.

Actuellement, le système du droit positif tient en deux propositions :

— D'une part, le principe *servitus in faciendo consistere non potest* est affirmé,

— D'autre part, est admise la possibilité de compléter une servitude répondant aux conditions de l'article 686 par des obligations accessoires, dont le régime est celui des obligations réelles.

Mais, peut-être, ce schéma formel ne correspond-il pas à la réalité si le recours à la règle de l'accessoire « n'est pas une justification³⁰⁶ ».

A. — Le principe *servitus in faciendo consistere non potest*

280. — La règle selon laquelle la servitude ne peut être imposée ni à la personne, ni en faveur de la personne, repose sur une triple justification : politique, économique et technique.

La raison d'ordre politique est la crainte du retour de la féodalité. La servitude ne doit pas conduire au servage. Il n'est pas besoin d'insister pour souligner combien de tels soucis sont aujourd'hui dépassés³⁰⁷.

On est plus sensible actuellement à des arguments d'ordre économique. « Des puissances économiques pourraient utiliser les ser-

304. M. Fréjaville, préface à la thèse de M. Aberkane, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, Paris, 1955, éd. com., 1957.

305. H. Aberkane, thèse, n° 133.

306. *Ibid.*, n° 100.

307. *Ibid.*, n° 99.

vitutes actives pour agrandir encore leur puissance en se garantissant des fournisseurs et des débouchés³⁰⁸ ».

Mais ce sont surtout des raisons techniques qui fondent solidement le principe. La servitude est conçue dans notre système juridique comme un *droit réel*. Or, le droit réel, « c'est le pouvoir juridique qu'a une personne de retirer *directement* tout ou partie des utilités économiques d'une chose³⁰⁹ ». De là, l'opposition dans la structure du droit personnel et du droit réel : « Dans le droit personnel, deux personnes ; dans le droit réel, une seule, en face de la chose³¹⁰. » Mais si le sujet du droit réel est seul en face de la chose, il en découle qu'il n'a aucun titre pour exiger de quiconque une prestation. Sans doute, son droit est-il opposable à tous et chacun est-il tenu de la fameuse « obligation passive universelle » qui interdit d'entraver le droit ; ce qui signifie que, dans la mesure où l'on peut parler d'obligation, il ne peut être question que d'une obligation *négative*. Mais la servitude, droit réel, ne peut imposer aucune activité positive. En effet, « de deux choses l'une, ou bien le propriétaire grevé n'est tenu que d'une obligation *d'abstention* : ne pas apporter entrave, obstacle ou immixtion..., bref subir l'action du titulaire du droit sur sa chose, et, dans ce cas, l'on est en présence de l'« ubiquitaire » obligation passive universelle. Ou bien, le propriétaire grevé est tenu d'un service *positif*... et alors il sera vraiment obligé, d'une obligation spéciale sortant du cadre de l'obligation passive universelle... Mais qu'on le veuille ou non, cette obligation spéciale, si elle existe... a le caractère d'une obligation *personnelle*...³¹¹ ». Il ne peut donc être question de servitude.

La simplicité de ce raisonnement n'a pas désarmé les critiques, dont les plus achevées se sont portées sur deux points :

- la servitude ne serait pas toujours un droit réel
- et de surcroît, l'idée de voir une personne tenue d'obligations positives à raison du droit réel d'un tiers n'aurait elle-même rien d'incongru.

a) La servitude est-elle toujours un droit réel ?

281. — « On peut considérer que la théorie classique des droits réels a été construite par référence au droit de propriété portant sur les choses matérielles et s'identifiant même avec la chose, en tant qu'il est le droit le plus complet qui puisse exister sur elle³¹². »

308. *Ibid.* Ce souci paraît très actuel, si l'on songe aux nombreuses mesures destinées à maintenir la liberté de la concurrence. Cf. en particulier, touchant de très près à notre matière, les difficultés que rencontrent les contrats de concession exclusive, au regard du délit de refus de vente et de l'article 85 du traité de la C.E.E.

309. J. Carbonnier, *Droit civil*, II, n° 12, p. 33.

310. *Ibid.*, n° 13, p. 35.

311. J. Dabin, « Une nouvelle définition du droit réel », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 35-36.

312. Marty et Raynaud, II, 2, n° 2.

S'agissant de démembrements de la propriété, l'analyse est incontestablement moins claire. En particulier, la servitude n'est pas parfaitement décrite par le schéma d'une personne en relation directe avec une chose. Le sujet du droit n'est pas un individu quelconque. C'est nécessairement le propriétaire du fonds dominant, car c'est finalement dans l'intérêt du fonds que le droit est créé. Si bien que la servitude paraît, à certains égards, mettre en relation les deux fonds eux-mêmes. Et si la personne du sujet du droit paraît ainsi s'effacer dans une certaine mesure, à l'inverse, le fonds servant, objet du droit, semble ne pas toujours pouvoir être envisagé en faisant abstraction de la personne de son titulaire³¹³.

Mais quelle autre notion permettrait de mieux rendre compte des caractères de la servitude ?

« La servitude a pour but d'organiser et de sanctionner des rapports de voisinage³¹⁴ », c'est là une constatation maintes fois relevée. Ce trait, estime M. Aberkane, permet de découvrir la véritable nature de la servitude : une obligation *propter rem*.

En effet, « la situation de deux droits réels portant sur la même chose ou sur deux choses voisines fait apparaître, à l'évidence, l'idée d'un conflit de droits réels³¹⁵ ». La solution consiste à lier les deux titulaires des droits réels, en cette qualité, par un rapport d'obligation qui a « pour fonction de résoudre ce conflit en instituant entre les droits un *modus vivendi* acceptable, qui seul peut assurer leur coexistence pacifique et permettre leur exercice concurrent³¹⁶ ». C'est là l'obligation *propter rem*.

Or, « essayons d'analyser la situation que présente la servitude. Nous sommes en présence de deux fonds : ces deux fonds sont voisins, et du fait de ce voisinage, se rencontrent les conflits... La loi, dans les cas les plus graves, les plus fréquents ou les plus prévisibles, est elle-même intervenue... Mais ce n'est pas qu'elle ait pu prévoir tous les cas... C'est ici que s'ouvre la faculté que la loi accorde aux propriétaires de régler à l'amiable, mais de façon efficace et définitive, le conflit de leurs droits de propriété. La loi permet de créer conventionnellement des obligations *propter rem*, qu'elle appelle dans la circonstance des « servitudes »...³¹⁷ ».

Mais une obligation peut être aussi bien positive que négative. Voilà qui conduit à rejeter absolument l'adage *servitus in faciendo consistere non potest*. Et il ne faut pas croire que c'est contredire l'article 686. Il a été montré depuis longtemps qu'il ne faut pas exagérer la portée de ce texte : « Rien ne prouve que l'article 686 vise à traduire le trop fameux brocard *servitus in faciendo non consistit*... En décidant que la servitude doit être imposée au fonds

313. Sur le « mélange du réel et du personnel dans la servitude », cf. M. Kornprobst, thèse, p. 183 s.

314. M. Kornprobst, thèse, p. 304.

315. H. Aberkane, thèse, n° 23.

316. *Ibid.*

317. H. Aberkane, thèse, n° 93.

et en faveur du fonds, l'article 686 ne fait qu'exprimer d'une manière figurative, que les servitudes contiennent un rapport juridique (obligatio) non entre deux propriétaires individuellement déterminés, mais entre les propriétaires quelconques et par conséquent successifs de deux fonds voisins. Il ne semble pas qu'il ait considéré comme juridiquement impossible la servitude *in faciendo*... l'article 686 ne prohibe pas... toutes les servitudes *in faciendo*, mais seulement celles qui n'auraient aucun rapport direct et immédiat avec l'usage et l'exploitation normaux du fonds servant³¹⁸. »

Or, si l'obligation *propter rem* est un moyen technique de résoudre des conflits de droits réels, l'exigence d'un rapport entre deux fonds donc entre deux droits de propriété, est tout à fait normale. On comprend alors que M. Aberkane écrive : « Loin de nous contrarier, les conditions mêmes de l'article 686 attestent encore, s'il en était besoin, que les servitudes ne sont rien d'autre que des obligations *propter rem* particulières³¹⁹. »

282. — Ceci tend à établir qu'il n'est pas nécessaire d'analyser la servitude en un droit réel avec ses caractères classiques et qu'une autre qualification, écartant la conséquence *servitus in faciendo consistere non potest*, est au moins possible ; non seulement possible mais seule exacte. A cet égard deux arguments sont essentiellement relevés :

— D'abord l'exception, jugée incompréhensible, apportée à la prohibition des servitudes *in faciendo*, au profit des obligations accessoires d'une servitude. Si l'on se débarrasse du fait « qui n'est pas probant³²⁰ » qu'il s'agit d'accessoires, on ne voit que des prestations positives érigées en servitude. Une telle solution contredit l'analyse de la servitude en un droit réel ; elle est conforme à l'idée que la servitude est une obligation *propter rem*.

— En second lieu, les servitudes de ne pas faire ne peuvent être analysées en des droits réels : « On définit partout le droit réel comme le pouvoir effectif portant sur une chose. Or, dans la servitude de ne pas faire, de ne pas bâtir par exemple, le bénéficiaire peut certes interdire à quiconque d'édifier une construction sur le fonds servant, mais n'acquiert en aucune façon le pouvoir d'édifier lui-même. Il n'a donc aucun pouvoir de jouissance effectif sur le fonds servant. Comment soutenir alors qu'il est titulaire d'un droit réel³²¹ ? »

318. M. Kornprobst, thèse, p. 279-280.

319. H. Aberkane, thèse, n° 94.

320. H. Aberkane, thèse, n° 133.

321. *Ibid.*, n° 101 bis. D'après M. Aberkane (*op. cit.*, n° 102), il n'est qu'un cas où la servitude est un droit réel : lorsqu'elle permet au propriétaire du fonds dominant d'accomplir des actes de jouissance sur le fonds servant. « Il est bien évident qu'on se trouve ici en présence d'un véritable droit réel, facile à définir par le pouvoir qu'il concède, droit

283. — L'analyse de M. Aberkane est impressionnante et il est d'autant plus inconfortable de la critiquer que l'adage *servitus in faciendo consistere non potest*, dont cette théorie consacre la ruine, est généralement dénoncé comme une règle malfaisante³²². Il est toutefois permis de se demander si les coups portés à l'édifice classique sont suffisants pour l'ébranler³²³.

de passage, d'extraction, de puisage. La convention a alors attribué au propriétaire du fonds dominant un droit réel portant sur le fonds servant. » Mais cela n'infirme pas la qualification d'obligation *propter rem* donnée par M. Aberkane à la servitude. En effet, pour cet auteur, il ne s'agit ici que de l'effet de la servitude proprement dite. La proximité des deux fonds fait apparaître un conflit entre les deux droits de propriété. Le conflit est résolu au moyen d'une obligation *propter rem*. C'est la servitude proprement dite. Le contenu de cette obligation dépend de la situation concrète. Ici, la solution la plus adéquate consiste à faire acquérir à un des propriétaires un droit réel sur le fonds de son voisin. Cela signifie que le conflit est tranché en mettant à la charge d'un des adversaires une obligation de transférer à l'autre un droit réel. « A l'analyse, cette convention a donné naissance à une obligation de donner un droit réel, laquelle a été immédiatement exécutée selon les termes de l'article 1138 du Code civil. Le droit réel attribué porte également le nom de servitude, tout comme l'obligation dont il est issu, ce qui ne simplifie pas la terminologie. »

Ce droit réel attribué *en vertu de la servitude* et qui est aussi lui-même nommé servitude, porte d'ailleurs sur le fonds servant, qui est l'objet d'un autre droit réel, la propriété. De ce rapprochement naissent de nouveaux conflits entre droits réels, conflits à leur tour résolus grâce à des obligations *propter rem*, positives ou négatives. Et c'est ainsi que M. Aberkane explique les fameuses « obligations accessoires d'une servitude ». Leur caractère accessoire provient du fait qu'elles sont destinées à permettre l'exercice effectif du droit réel dit « servitude ». Mais ce caractère accessoire ne joue aucun rôle. Ce sont des obligations réelles tranchant le conflit né de la superposition du droit de propriété sur le fonds servant et du droit réel issu de cette autre obligation *propter rem* qu'est la servitude. « L'article 699 est le pendant de l'article 686 ; il décide pour le conflit sur le fonds servant ce que le premier décide pour le conflit des deux droits voisins et il n'y a alors rien d'étonnant à ce qu'ils créent tous deux des obligations réelles. Les prestations « accessoires » manifestent des obligations *propter rem* comme les servitudes elles-mêmes. Leur validité témoigne encore de la possibilité qui doit être donnée aux servitudes, de consister en prestations actives. » (*Op. cit.*, n° 133.)

322. M. Fréjaville, préface à la thèse de M. Aberkane. Dans le même sens, cf. G. Ripert, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, thèse, Aix, 1902, p. 147 s.

323. Il paraît à tout le moins compliqué de faire le détour par une obligation de donner, immédiatement exécutée, pour rendre compte des servitudes positives (cf. *supra*, note 321). La règle de l'article 1138 revient pratiquement à faire disparaître l'obligation de donner, puisque la création ou le transfert du droit réel s'opère immédiatement par l'échange des consentements. N'est-il pas subtil de faire apparaître cette obligation mort-née, pour la qualifier de servitude ? D'autant plus que le droit réel, objet de cette obligation de donner, est lui-même dénommé servitude et que c'est le régime de ce droit, et non celui de l'obligation immédiatement éteinte, qui est décrit par le Code civil au chapitre des servitudes. L'analyse classique avait le mérite de ne pas faire naître de

S'il y a droit réel « lorsqu'une chose se trouve soumise, complètement ou partiellement, au pouvoir d'une personne, en vertu d'un rapport immédiat opposable à toute autre personne ³²⁴ » cette définition peut fort bien s'appliquer aux servitudes négatives. Le droit réel permet de tirer directement du fonds certaines utilités. Rien ne dit que des actes matériels soient nécessaires à cette fin. Si le propriétaire du fonds dominant bénéficie de la vue sur le fonds servant, il profite incontestablement d'une utilité de ce fonds, sans pour autant qu'il l'appréhende matériellement ni qu'il doive cet avantage à l'activité d'une personne. Le droit de propriété comporte tous les pouvoirs sur la chose. Le droit d'interdire à quiconque de faire tel ou tel usage du fonds est compris dans la propriété. Si ce droit est attribué à un autre que le propriétaire, c'est un fragment du droit de propriété qui est détaché pour être conféré à autrui. La propriété est le droit réel par excellence. Un démembrement de la propriété est aussi un droit réel. Dira-t-on que le titulaire de la servitude ne tire aucune utilité du fonds servant s'il n'a qu'un *jus prohibendi* ? La servitude de ne pas bâtir ne permet certes pas au propriétaire du fonds dominant de bâtir lui-même sur le fonds servant. Mais en interdisant l'érection d'une construction, il profite de la vue, de la lumière... qui sont des avantages que lui procure le fonds servant ³²⁵. Et ces avantages lui sont fournis directement, sans l'intermédiaire d'une personne. Dès lors que l'on relève ce point essentiel que le propriétaire du fonds servant n'est tenu d'aucune obligation positive, il reste possible d'analyser la servitude en un droit réel.

Il ne reste plus guère, pour justifier la qualification nouvelle des servitudes, que l'existence des obligations accessoires validées par la jurisprudence sur le fondement de l'article 698. L'argument paraît assez fragile. Les arrêts justifient leur solution en invoquant le caractère accessoire de ces prestations. Il faudrait au moins

risque de confusion entre deux sens différents du mot servitude, recourant deux notions distinctes, dont l'une est d'ailleurs en cette hypothèse pratiquement inutile : pourquoi le rapport de voisinage ne serait-il pas réglé *directement* par la constitution d'un droit réel ?

324. Planiol, Ripert, Picard, III, n° 36.

325. Le démembrement de la propriété n'implique pas qu'il existe une masse de pouvoirs à répartir entre les titulaires des différents droits réels de telle sorte que tout ce qui serait retiré à l'un devrait être attribué à l'autre. Dans la servitude de ne pas bâtir, personne n'a le droit de construire : ni le propriétaire car son droit est amputé de cette prérogative, ni le titulaire de la servitude car il n'a que le droit d'interdire de bâtir. En quoi est-ce un obstacle interdisant de reconnaître à la servitude la nature de droit réel ? Ce n'est pas parce que le titulaire de la servitude ne recueille pas *toutes* les prérogatives qui sont retirées à la propriété qu'il ne reçoit *aucun* droit détaché de la propriété.

Ce qui n'interdit pas d'admettre que l'amputation subie par la propriété n'est pas absolument définitive et est liée à l'attribution de certaines prérogatives au titulaire du droit réel issu du démembrement, et que la propriété a vocation à se reconstituer pleine et entière.

rechercher comment ils peuvent tirer parti de la maxime *accessorium sequitur principale* avant de condamner sans examen cette justification.

A vrai dire, l'analyse de la servitude en une obligation *propter rem* n'apparaîtrait guère qu'une subtilité inutile si elle ne reposait sur une recherche beaucoup plus profonde des rapports entre la notion d'obligation et celle de droit réel. La question est d'importance, car elle met en jeu les caractéristiques du droit réel lui-même. L'idée de voir une *personne* tenue d'une prestation *positive* ne serait pas opposée à la structure du droit réel. C'est évidemment l'objection la plus grave que l'on puisse formuler à l'encontre du principe *servitus in faciendo consistere non potest*.

b) Le droit réel ne peut-il imposer à une personne une prestation positive ?

284. — Malgré l'habileté des auteurs qui les ont défendues, les théories présentées afin d'accréditer la notion de « droits réels *in faciendo* ³²⁶ » n'ont guère eu de succès ³²⁷. Cependant, de brillantes constructions, plus modernes, se sont efforcées de reprendre l'idée suivant laquelle le droit réel peut donner droit à une prestation positive, en conduisant cette idée beaucoup plus loin encore.

La doctrine de M. Aberkane, dont nous venons de rappeler brièvement les solutions en ce qui concerne la nature des servitudes, repose, au fond, sur une conception du droit réel assez différente de l'analyse classique.

Le droit réel est opposable à tous. Cela signifie que tous les tiers subissent une « obligation passive universelle » qui « assure et garantit l'exercice des droits réels »... Telle est la solution lorsqu'il s'agit des tiers « quelconques ». « Mais ces tiers sont les seuls à subir l'obligation sous cette forme. Il existe d'autres tiers qui ont un titre à opposer au titulaire du droit, ce sont les titulaires du droit rival... Considérons n'importe quelle situation de conflit de droits réels. Peut-on prétendre, par exemple, qu'un usufruitier puisse exercer et utiliser son droit sans s'inquiéter des tiers ? Cela serait inexact, car il en est un particulièrement intéressé à son mode de gestion, c'est le nu-propriétaire... Le nu-propriétaire... souffre *particulièrement* de la division des attributs de la propriété. Il est même le seul à en souffrir... N'étant pas un tiers ordinaire, il est normal que « l'obligation passive universelle » subisse, à son égard un agencement destiné à tenir compte de sa situation très

326. G. Ripert, thèse précitée. L. Rigaud, *Le droit réel — Histoire et théories — Son origine institutionnelle*, thèse, Toulouse, 1912 ; « La théorie du droit réel et la science juridique pure », *Rev. Crit.*, 1925, 423.

327. Cf. les critiques de MM. de Juglart (*Obligations réelles et servitudes en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1937, p. 207 s.) et Derupré (*La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, thèse, Toulouse, 1951, n^{os} 295 s.).

spéciale. Cet agencement est le fait de l'obligation *propter rem* ³²⁸ ». L'obligation *propter rem* n'est donc pas une notion intermédiaire du droit réel et du droit personnel. En réalité « elle exprime l'opposabilité d'un droit réel au titulaire du droit antagoniste... ³²⁹ » « Tout droit réel, qui normalement s'oppose aux tiers par l'effet d'une obligation négative, s'oppose exceptionnellement aux tiers titulaires d'un droit concurrent, par l'effet d'une obligation éventuellement positive ³³⁰. » Un lien d'obligation entre deux personnes peut donc naître non seulement d'un droit de créance, mais aussi d'un droit réel.

C'est ainsi que l'on rejoint la première proposition : la servitude manifeste l'opposabilité du droit de propriété sur le fonds dominant à l'égard du propriétaire du fonds servant. Si elle n'est pas elle-même un droit réel, elle est une obligation « d'origine réelle ³³¹ ».

Mais, si cette obligation traduit l'opposabilité du droit réel, il devient difficile de l'isoler du droit réel lui-même. Pratiquement, certains droits réels procureront à la fois à leur titulaire des prérogatives qu'ils peuvent exercer directement sur une chose et le droit d'exiger de certaines personnes des prestations positives.

285. — Ce système contient en germe la ruine de la conception traditionnelle du droit réel sur la chose d'autrui, qui tend à se dissoudre dans la notion d'obligation, pour peu que l'on pousse un peu plus avant le raisonnement. C'est ce qu'a fait M. Ginossar en élaborant la vaste synthèse à laquelle nous avons déjà fait allusion ³³² : L'analyse classique du droit réel ne convient qu'à la propriété des choses corporelles qui, seule, est un droit absolu qui présente le même aspect à l'égard de tous ³³³. « En revanche, dans tous les droits réels *in re aliena*, on discerne un élément qui fait forcément défaut au droit de propriété, à savoir : l'obligation particulière incombant au propriétaire de la chose grevée, laquelle obligation se distingue de l'obligation passive universelle et se juxtapose à elle ³³⁴. »

— Le propriétaire de la chose grevée peut être tenu d'une obligation passive. Ce n'est cependant pas la simple « obligation passive universelle », car c'est bien un individu particulier qui est tenu d'une charge qui ne pèse que sur lui, à raison de sa propriété sur

328. H. Aberkane, thèse, n° 24.

329. *Ibid.*

330. *Ibid.*, n° 26.

331. *Ibid.*, n° 103 bis.

332. S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*. Cf. *supra*, n° 76.

333. M. Ginossar ne qualifie cependant pas la propriété de « droit réel », car il réserve ce terme, en l'entendant de façon nouvelle, aux droits réels sur la chose d'autrui. La propriété « se meut sur un plan plus élevé. » (*Op. cit.*, p. 107 s.)

334. S. Ginossar, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 580.

le bien grevé. « L'obligation du propriétaire grevé, même négative, se signale par son caractère patrimonial : elle s'inscrit en effet au passif du patrimoine, en regard du bien qu'elle frappe, selon la valeur pécuniaire dont celle de la pleine propriété se trouve diminuée ; tandis que l'amorphe obligation passive universelle, pesant d'un poids égal sur tous, ne figure au passif de personne ³³⁵. »

— Surtout, le propriétaire de la chose grevée de droit réel peut être tenu de prestations positives. « Nulle règle logique ne s'oppose à la création, sur un bien déterminé, d'une charge à contenu positif, de telle manière que le propriétaire individuel en soit tenu *propter rem* en sa qualité de propriétaire de la chose ³³⁶. » Examinant les différents droits réels sur la chose d'autrui, M. Ginossar constate qu'ils permettent effectivement d'exiger des prestations positives. C'est là le signe de l'erreur de la théorie classique : « Comment se fait-il que dans le droit réel sur la chose d'autrui, le propriétaire soit tenu, outre l'obligation passive universelle, d'une obligation passive universelle, d'une obligation plus stricte, comportant même parfois une prestation active ³³⁷ ? »

Si bien qu'en définitive, M. Ginossar adopte une conception du droit réel sur la chose d'autrui diamétralement opposée à la théorie classique : « Pour en déterminer la nature, il importe de décider au préalable à laquelle les deux grandes classes de droits patrimoniaux il appartient, à la propriété des choses corporelles (*res*) ou à celle des créances ³³⁸ (au raccourci : les droits de créance), au *Dominium* ou à l'*Obligatio*. La première solution est généralement tenue pour allant de soi. C'est pourtant à l'autre que nous croyons devoir donner la préférence... ³³⁹ » Le renversement est donc complet, puisque les droits réels sur la chose d'autrui sont considérés comme des obligations. Obligations réelles, certes, en ce sens qu'elles pèsent sur le propriétaire d'une chose en sa qualité de propriétaire, mais obligations véritables établissant un rapport entre deux personnes. « De même que le droit personnel est celui qui correspond à une obligation personnelle, le droit réel est celui qui correspond à une obligation réelle... L'obligation réelle n'est donc pas simplement un aspect accidentel ou même naturel du droit réel ; elle est le droit réel lui-même, vu du côté passif ³⁴⁰. » Il n'y a alors aucune difficulté à admettre l'existence de droits réels *in faciendo* et il est clair que l'adage *servitus in faciendo consistere non potest* ne peut être fondé sur les caractéristiques classiques du droit réel.

335. *Ibid.*, p. 582.

336. *Ibid.*, p. 583.

337. *Ibid.*, p. 580-581.

338. On se souvient que M. Ginossar admet la « propriété des créances ». Cf. *supra*, n° 76.

339. S. Ginossar, article précité, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 580.

340. C'est ainsi que M. J. Dabin résume la conception de M. Ginossar (« Une nouvelle définition du droit réel », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 24).

286. — Le système est cohérent. Mais ici encore, la doctrine traditionnelle est vigoureusement défendue.

— Tant que l'obligation du propriétaire grevé se réduit à une abstention, il n'est pas nécessaire d'abandonner l'analyse classique du droit réel simplement opposable à tous. Sans doute, cette charge diminue-t-elle la valeur du droit de propriété ; mais c'est que ce droit est amputé, diminué par suite du démembrement dont il a été l'objet. Sans doute, peut-on dire que le propriétaire de la chose grevée « est tenu *in patiendo*, tandis que les autres tiers quelconques sont tenus *in abstinendo* ou *in non faciendo*. Compréhensible sur le plan de la psychologie, ce langage n'a, en droit, aucun sens : par hypothèse, le devoir est non pas de souffrir, mais de s'abstenir ; or, il n'y a pas de degré dans le devoir d'abstention qui lie pareillement le propriétaire du bien grevé et tout le monde³⁴¹ ».

— En droit positif, les droits réels ne permettent pas d'exiger des prestations positives. Après avoir passé en revue les différents droits réels sur la chose d'autrui, M. Dabin constate que « le rôle du propriétaire grevé est purement passif, qu'il se réduit à laisser faire et à ne pas contrarier l'exercice du droit adverse³⁴² ».

Ici, on peut être surpris, car, en se livrant au même examen, M. Ginossar était arrivé à la conclusion inverse.

En réalité, personne ne nie que des obligations positives existent parfois, telles les obligations accessoires d'une servitude, même si l'on n'est pas absolument d'accord sur la liste des actes positifs qui peuvent être exigés du propriétaire du bien grevé³⁴³. Mais, pour la doctrine classique, ces prestations sont peu importantes. Elles sont accessoires. Leur existence ne saurait mettre en cause la notion de droit réel. Elles sont dues à raison d'obligations qui s'ajoutent au droit réel, qui l'accompagnent, mais n'en font pas partie. Sans doute, présentent-elles des caractères particuliers puisque le débiteur n'est tenu qu'en sa qualité de propriétaire. Ce sont des obligations *propter rem*. Mais il s'agit d'une « notion autonome³⁴⁴ ». Loin d'être le droit réel lui-même, ces obligations « se situent en marge du droit réel qu'elles accompagnent³⁴⁵ ». Et quand il s'agit de justifier leur présence, on fait état de la règle de l'accessoire, sans beaucoup s'expliquer sur ce point, il est vrai.

341. J. Dabin, article précité, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 35 ; cf. dans le même sens, J. Deruppé, thèse, n° 295, à propos de la critique de la distinction entre le *patii* et le *non facere* ou *abstinere* faite par L. Rigaud.

342. *Ibid.*, p. 40.

343. « A cette question de pur droit positif, M. Ginossar semble avoir donné une réponse quelque peu tendancieuse, en exagérant la part des prestations positives dans le statut du propriétaire grevé de droit réel. » J. Dabin, article précité, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 36.

344. M. de Juglart, *Obligation réelle et servitude en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1937, p. 351.

345. J. Dabin, article précité, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 42.

287. — C'est parce qu'il estime qu'il y a là un abus de la théorie de l'accessoire³⁴⁶ que M. Ginossar repousse cette analyse et propose une nouvelle définition du droit réel.

Le dialogue peut se prolonger indéfiniment, tant qu'on ne s'entendra pas sur le rôle que peut jouer la maxime *accessorium sequitur principale*.

— Les auteurs favorables à la classification traditionnelle reconnaissent l'existence de prestations positives qui, au moins, accompagnent certains droits réels. Mais ils balayent l'objection en relevant qu'il ne s'agit que d'accessoires³⁴⁷, ce qui est évidemment assez peu satisfaisant.

— Les partisans de la classification nouvelle des droits patrimoniaux soulignent l'importance de ces prestations. Mais ils balayent d'un mot et sans examen tout appel à la règle de l'accessoire ; ce qui paraît aussi sommaire.

En définitive, on voit que cette discussion est loin de retirer tout intérêt à la recherche du rôle de la maxime *accessorium sequitur principale* en ce domaine, bien au contraire. Nous ne prétendons pas que ce seul examen doive permettre de trancher entre les deux conceptions opposées. Il peut cependant éclairer le débat. En tout cas, il ne semble pas, *a priori*, que l'abandon du principe *servitus in faciendo consistere non potest* soit d'ores et déjà acquis. Mais son maintien dépend, dans une large mesure, de la façon dont la règle de l'accessoire permet d'expliquer les tempéraments qui y sont apportés en droit positif.

B. — Le rôle de la règle de l'accessoire

288. — Par hypothèse, nous nous placerons naturellement dans le cadre de la théorie qui ne rejette pas tout appel à la règle de l'accessoire, c'est-à-dire dans l'optique de l'opposition traditionnelle entre les droits réels et les droits personnels. Par hypothèse donc, nous poserons que le droit réel ne peut faire naître à la charge de quiconque l'obligation d'exécuter une prestation positive. Ces bases ne sont peut-être pas incontestables, mais elles sont généralement admises en droit positif et dans ce contexte technique la maxime *accessorium sequitur principale* peut jouer un rôle important. On s'explique cependant que ce rôle soit souvent mis en doute. Non seulement admettre ici le jeu de la règle de l'accessoire conduit à lui faire produire des effets étendus, dépassant la simple constatation de conséquences logiques du rapport d'acces-

346. Article précité, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 584, note 42.

347. « ... Quand même on persisterait à voir dans la disposition de l'article 698 un accroc aux principes, on n'en serait point légitimé pour autant à déduire d'une exception présentée comme telle par le législateur une quelconque volonté de reniement ou de renversement du principe. » J. Dabin, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 39.

soire à principal, mais il suffit d'un rapide examen des espèces publiées pour avoir l'intuition très nette que la jurisprudence a trop tiré de la notion d'accessoire et, faute d'une claire analyse du mécanisme de la maxime *accessorium sequitur principale*, a débordé les limites raisonnables de l'emploi du procédé.

a) Le mécanisme de la règle de l'accessoire.

Nous avons déjà souligné comment les articles 697 et 698 concernant les ouvrages et les travaux nécessaires pour user de la servitude ou la conserver s'inscrivaient dans la ligne de l'article 696 qui, en disant « quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user... », traduit lui-même la maxime *accessorium sequitur principale* ³⁴⁸.

Lorsque le propriétaire du fonds servant s'est obligé à assurer à ses frais les ouvrages, il ne peut être question, dans le cadre de la théorie classique, que d'un *rapport d'obligation*, puisqu'une *activité* a été promise par une personne à une autre personne. Mais, s'il s'agit d'un droit de créance, c'est un droit accessoire. Il n'a pas d'autre but, — pas d'autre cause — que le service du droit réel auquel il est affecté.

Il n'y a là guère d'originalité. Nous avons déjà discuté et admis la possibilité de voir un droit de créance accessoire d'un droit réel, situation que l'on désigne par l'expression de « créance accessoire d'une chose », lorsque le droit réel principal est la propriété ³⁴⁹. Ici, le principal est la servitude, et il ne doit pas y avoir de difficulté particulière si la créance en suit le sort. Cela signifie pratiquement que le droit d'exiger du débiteur des prestations permettant l'exercice de la servitude se transmet aux propriétaires successifs du fonds dominant ³⁵⁰. C'est tout ce qu'il semble possible de tirer de ce rapport d'accessoire à principal.

Or, à s'en tenir là, on est très loin de rendre compte de la situation. Si la créance suit le sort de l'obligation, la dette devrait demeurer attachée à la personne du débiteur. Comment se fait-il qu'elle se transmette aux différents propriétaires du fonds servant ?

C'est, dit-on, que l'*obligation* du débiteur est accessoire de la servitude envisagée au point de vue passif. Ce serait une charge accessoire de la charge principale que représenterait la servitude ³⁵¹.

Il faut se garder d'une telle formule.

Comment entendre en effet l'idée que la servitude constitue une charge ?

348. *Supra*, n° 277.

349. *Supra*, n° 79 et 87.

350. La maxime *accessorium sequitur principale* intervient à deux reprises : d'abord pour justifier la transmission de la servitude, droit réel accessoire de la propriété du fonds dominant, puis celle des accessoires de la servitude.

351. Cf. M. Kornprobst, thèse, p. 273.

— C'est une charge pesant sur le fonds³⁵². Certes, mais cette expression décrit la situation économique plutôt qu'elle n'a de signification juridique. Le fonds servant est *l'objet* du droit réel de servitude. Un droit porte sur son objet plus qu'il ne pèse sur lui. Le terme de charge est évocateur d'images qui, sur le plan de la technique juridique, n'ont pas leur place pour caractériser le rapport d'un droit réel et de son objet.

— La servitude serait-elle une charge pesant sur le propriétaire du fonds servant ? Certainement pas, si l'on reste fidèle aux définitions classiques des droits patrimoniaux³⁵³. La servitude est un droit *réel* opposable à tous, au propriétaire du fonds servant comme aux autres, mais sans que cette opposabilité dépasse à son égard le simple devoir de respecter le droit d'autrui, que l'on désigne sous le nom d'« obligation passive universelle³⁵⁴ ». Aucune « charge » particulière ne pèse donc sur le maître du fonds servant. En réalité, son droit de propriété est démembré, est amputé par la servitude qui constitue une limite de son propre droit. C'est tout ce que celle-ci représente pour lui au point de vue passif. C'est un vide, une absence de droit qu'on ne peut qualifier de charge. A plus fort raison, il est évident que ce néant ne saurait jouer le rôle de principal à l'égard d'une obligation accessoire.

Accessoire, l'obligation fondée sur l'article 698 l'est pourtant. Mais, par rapport à *la propriété du fonds servant*. Il est clair en effet qu'il est impossible de faire des ouvrages sur le fonds servant, nécessaires à l'efficacité de la servitude, sans avoir accès à ce fonds. La dette ne peut être exécutée qu'en exerçant une certaine maîtrise sur le fonds, maîtrise qui est contenue dans ce qui reste du droit de propriété après l'amputation réalisée par la servitude. L'activité promise constitue nécessairement en même temps l'exercice du droit de propriété. L'obligation se greffe sur la propriété qui lui sert de support. Elle en est un accessoire passif³⁵⁵.

C'est donc un double rapport d'accessoire à principal qui appa-

352. « La servitude est, dans son objet essentiel, une charge purement passive du fonds », Planiol, Ripert, Picard, III, n° 943.

353. L'idée de faire de la servitude une charge pesant sur le propriétaire du fonds servant est conforme à la conception selon laquelle le « réel » et le « personnel » se mêlent dans la servitude (cf. M. Kornprobst, thèse, p. 183 s.). Mais une telle théorie est contradictoire avec l'analyse de la servitude en un droit réel au sens classique du terme. Cette contradiction donne à l'œuvre des « contours nébuleux » (M. de Juglart, thèse, p. 211, note 31. Pour une critique de « l'influence personaliste » conduisant à une « confusion progressive entre droit réel et droit personnel », cf. M. de Juglart, thèse, p. 208 s.).

354. Cf. *supra*, n° 286.

355. *Supra*, n° 84. « Attendu que si la règle posée par l'art. 686 C. civ... ne prohibe pas absolument l'institution de servitudes *in faciendo*... encore faut-il que la prestation de service ne puisse être assurée que par le propriétaire du fonds et pourrait aussi l'être indistinctement par tous les propriétaires successifs de ce fonds servant... » (Montpellier, 16 janvier 1967, G.P., 1967, 1, 233.)

rait lorsque le propriétaire du fonds servant prend à sa charge l'exécution des ouvrages nécessaires à la servitude : la créance du propriétaire du fonds dominant est accessoire de la servitude ; la dette est accessoire de la propriété du fonds servant.

289. — Or, si la maxime *accessorium sequitur principale* s'applique aisément lorsqu'il s'agit d'un accessoire actif, il n'en va pas de même quand il s'agit d'une dette accessoire. Lorsque nous avons envisagé de telles hypothèses, nous avons dû reconnaître que les caractères attribués aux obligations en droit français opposaient un obstacle au jeu de la règle de l'accessoire³⁵⁶. Parce qu'il s'agit d'une prestation, d'une activité humaine, la dette reste attachée à la personne du débiteur. Il ne devrait pas être possible d'admettre qu'elle soit automatiquement transmise avec le droit réel principal qui lui sert de support.

Cet échec de la règle de l'accessoire serait très grave pour l'obligation souscrite dans le cadre de l'article 698. Le transfert de la propriété du fonds servant, en rendant impossible l'exécution de son obligation par le débiteur, rendrait vaine la créance accessoire de la servitude. Or cette créance est destinée à permettre l'exercice de la servitude. Ce n'est donc pas seulement la créance qui est menacée, mais l'efficacité même du droit réel de servitude. Et comme la servitude est elle-même accessoire de la propriété du fonds dominant, la défaillance de l'obligation entraînerait une néfaste réaction en chaîne.

Cette solution serait d'autant plus fâcheuse qu'elle aboutirait à une choquante différence entre deux situations que les articles 697 et 698 placent exactement sur le même plan.

Une interprétation stricte de l'étendue de la servitude interdirait au propriétaire du fonds dominant de faire sur le fonds servant aucun acte dépassant les prérogatives très limitées qui lui sont accordées. En l'autorisant à faire lui-même tous les ouvrages nécessaires pour user de la servitude et la conserver, l'article 697 lui donne accès à la chose pour y faire d'autres actes que ceux que comporte l'exercice habituel de la servitude. Ne peut-on soutenir que le texte accroît son droit réel sur le fonds d'autrui, qu'il lui accorde en réalité un *supplément de servitude*³⁵⁷ ?

356. *Supra*, nos 97 s.

357. Cette question est ici résolue d'une manière techniquement beaucoup plus satisfaisante que ne l'est la difficulté analogue soulevée par l'éventuelle pénétration sur le fonds voisin pour effectuer des réparations à un mur ou à un bâtiment situé à la limite des deux héritages. La servitude « de tour d'échelle », qui imposait au propriétaire voisin de subir la pénétration sur son fonds pour les besoins des travaux, a disparu. On peut le regretter. La jurisprudence ne peut créer une telle servitude et cependant les nécessités pratiques demeurent. Sans en donner le fondement, les juges accordent le passage des ouvriers sur le fonds voisin (T.G.I., Nancy, 18 janvier 1966, *G.P.*, 1966, 1, 249, note M. Roche. —

Corrélativement, le droit du propriétaire du fonds servant subit une nouvelle amputation : il doit subir la présence du propriétaire du fonds dominant, il perd le droit de lui interdire de faire de nouveaux actes sur sa chose.

Mais cette extension du droit du titulaire de la servitude n'a pas d'autre but que de permettre l'exercice effectif de la servitude. Seul, en définitive, ce résultat compte. Aussi, l'article 698 confère-t-il au propriétaire du fonds servant une option. Il peut échapper à une nouvelle atteinte à son droit de propriété en effectuant lui-même les travaux qui permettent l'exercice de la servitude. Il devra supporter des frais, mais il cantonne son voisin dans le strict exercice de la servitude rigoureusement entendue.

On voit immédiatement la contradiction latente que recèle cette situation : l'engagement *personnel* du propriétaire du fonds servant tend à procurer un résultat équivalent à celui que fournirait un droit réel : l'extension de servitude de l'article 697.

Cette façon de voir les choses n'est sans doute pas incontestable. Elle souligne en tout cas combien les deux situations prévues à l'article 698 sont proches l'une de l'autre. Or, si le droit pour le titulaire de la servitude de faire des travaux sur le fonds servant est extrêmement sûr puisqu'il peut s'analyser en un droit réel, l'engagement du propriétaire du fonds grevé de faire lui-même ces ouvrages est très fragile si on doit l'analyser en une obligation personnelle intransmissible avec le fonds.

290. — Pour échapper à ces inconvénients, il suffit de décider que l'obligation suivra le sort de la propriété du fonds servant, que, par conséquent, la charge personnelle sera transmise avec le droit réel qui lui sert de support. C'est-à-dire qu'il faut faire prévaloir la maxime *accessorium sequitur principale*.

Mais que devient l'objection tirée des caractères de l'obligation?

Le compromis n'est pas possible et si la règle de l'accessoire l'emporte, il faut que l'obligation *change de caractère*. Elle deviendra une *obligation réelle*. Le rapprochement même de ces termes qui heurte le sens logique³⁵⁸, traduit la *contrainte* exercée ici par la règle de l'accessoire. L'engagement du propriétaire du fonds servant est une obligation, sans doute, parce que le lien juridique imposant une activité à une personne, mais obligation liée à la propriété d'une chose et, parce que forcée d'en suivre le sort, obligation déformée, modifiée profondément. C'est une personne qui

Rappr. 1^{re} Civ., 14 décembre 1955, *G.P.*, 1956, 1, 153 ; 1^{re} Civ., 1^{er} juin 1960, *Bull.*, I, n° 310, p. 255). On explique cette solution par la théorie de l'abus de droit (M. Roche, note précitée). Ce n'est qu'un expédient : la responsabilité civile est une technique inadaptée au règlement des rapports de voisinage. Le procédé adéquat est bien la servitude. (Cf. J.-B. Blaise, « Responsabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1965, p. 261 s.)

358. H. Aberkane, thèse, n° 1.

est tenue, mais sa personnalité est indifférente. Ici, on peut parler d'une charge de la propriété. Il ne s'agit pas d'une limite de la propriété, comme celle qu'établit la servitude elle-même, mais d'une dette pesant sur le propriétaire quel qu'il soit, à titre d'accessoire passif de son droit réel.

L'obligation accessoire se colore donc de réalité au contact du principal. Est-ce si étonnant, alors que la théorie de l'immobilisation par destination consacre la transformation d'un meuble en immeuble pour permettre à l'accessoire de suivre aisément le sort du principal ? Le rôle de la maxime *accessorium sequitur principale* n'est cependant pas identique à celui qu'elle joue dans l'immobilisation par destination : le meuble accessoire pourrait suivre le sort du principal sans changer de nature juridique et s'il devient immeuble c'est que le législateur a *choisi* cette méthode pour faciliter le fonctionnement de la règle de l'accessoire³⁵⁹. Ici, au contraire, on ne voit pas la moindre option. Est-ce *pour* permettre le jeu de la règle de l'accessoire ou *parce que* cette règle s'applique, que l'obligation se voit transformée ? De toutes façons, la consécration de la maxime « *accessorium sequitur principale* » implique nécessairement le changement des caractères de l'obligation. Il n'y a pas d'autre voie possible. L'obligation ne peut avoir vocation à suivre le sort d'un droit réel sans être immédiatement modifiée.

L'élément de réalité qui pénètre ainsi dans l'obligation donne à celle-ci un régime original caractérisé essentiellement par le parti pris de donner effet à la maxime *accessorium sequitur principale*. La transmission de l'obligation accessoire aux acquéreurs successifs du fonds servant en est le trait le plus marquant. La charge est donc, en principe, perpétuelle³⁶⁰. Mais aussi, le propriétaire « peut toujours s'affranchir de la charge en abandonnant le fonds assujéti au propriétaire du fonds auquel la servitude est due ». Cette solution de l'article 699 se comprend aisément : l'obligation suit le sort du principal. En abandonnant son droit de propriété, le débiteur se débarrasse de la charge. Cet abandon présente d'ailleurs des caractères particuliers³⁶¹. Il a lieu au profit du titulaire de la servitude créancier de l'obligation. Le but même de la consécration de la maxime *accessorium sequitur principale* en notre hypothèse explique que la loi ait prévu cette « renonciation *in favorem* »³⁶². L'exécution de l'obligation est nécessaire à l'exercice de la servitude. Tout le régime de cette obligation se justifie par le souci d'assurer son exécution effective. Le débiteur ne peut être délié de son engagement que si l'accomplissement des prestations nécessaires au maintien de la servitude n'en est pas compromis. Ce qui est le cas lorsque la dette est transmise, avec les moyens

359. *Supra*, n° 252 s.

360. M. Kornprobst, thèse, p. 274.

361. Cf. H. Aberkane, thèse, n° 117 s. M. de Juglart, thèse, p. 286 s.

362. J. Derruppé, thèse, n° 296.

de l'exécuter, à un acquéreur du fonds, mais aussi lorsque ces moyens sont conférés au créancier lui-même qui, devenu propriétaire du fonds servant, aura toute latitude d'y accomplir les actes utiles à l'exploitation du fond dominant³⁶³.

On voit par là se manifester le double rapport d'accessoire à principal : l'obligation, au sens de lien juridique entre deux personnes, suit, au point de vue passif, le sort de la propriété du fonds servant, parce qu'elle est, au point de vue actif, accessoire de la servitude.

Dans ces conditions, il est certain qu'on ne peut étendre à l'infini le recours à la maxime *accessorium sequitur principale* et que l'exigence de ce double rapport d'accessoire à principal limite sérieusement l'emploi de cette méthode.

b) Les limites de la règle de l'accessoire.

291. — Il n'est pas toujours facile de déterminer ce qu'est une « obligation accessoire d'une servitude ».

Un exemple maintenant ancien mais typique en est une illustration. C'est la célèbre et classique affaire des « Mines de Graissessac³⁶⁴ ». Un acte prévoyait de la part des propriétaires d'une mine la fourniture à un prix de faveur du charbon nécessaire à l'exploitation d'une verrerie. L'accord fut exécuté pendant une cinquantaine d'années. Puis, la consommation de charbon par la verrerie s'étant accrue, la compagnie des mines de Graissessac qui se trouvait aux droits des anciens propriétaires des mines, prétendit qu'elle ne devait rien, l'accord invoqué par les propriétaires de la verrerie ayant seulement fait naître une obligation purement personnelle à la charge des anciens propriétaires de la mine.

363. On pourrait, il est vrai, songer à un simple retour à la situation prévue à l'article 697 : le propriétaire du fonds servant accepterait que le titulaire de la servitude accomplisse lui-même les actes nécessaires à l'exercice de la servitude. N'est-ce pas cette fraction très limitée du droit de propriété qui est le support de l'obligation ? Au regard de la seule théorie de l'accessoire, le système serait concevable. Il méconnaîtrait cependant le caractère exceptionnel que revêt la possibilité pour un débiteur de se délier unilatéralement d'une obligation qu'il a souscrite. Ce serait aussi méconnaître que l'hypothèse visée à l'article 698 est celle où les ouvrages sont en fait plus utiles au fonds servant qu'ils ne le sont au fonds dominant et qu'il est normal que les frais soient engagés par celui auquel ils profitent au premier chef (cf. *supra*, n° 277).

364. Civ., 9 janvier 1901, S., 1901, I, 169 ; D., 1901, I, 450. — Montpellier, 10 mars 1930, *Rev. Soc.*, 1930, 151 ; *Mon. Midi*, 1930-87 ; *G.P.*, tables 1930-1935, v° servitudes, n° 15.

Nous avons préféré nous arrêter à cette affaire, assez ancienne, d'abord parce qu'elle est particulièrement nette, mais aussi parce que le choix de cet exemple, maintes fois cité, permettra de mieux situer notre conception au milieu des différentes théories qui ont été proposées à cette occasion. Pour une application récente de cette jurisprudence, cf. Montpellier, 16 janvier 1967, *G.P.*, 1967, 1, 233.

La Cour de cassation répondit par un raisonnement en deux points :

1° « Attendu que les mines sont, comme les autres propriétés immobilières, susceptibles d'être grevées de servitudes ; que le droit en litige... consiste dans un prélèvement opéré sur des produits existant naturellement dans un fonds voisin et indispensable à l'alimentation de l'usine et qu'ainsi ce droit réunit tous les caractères d'une servitude réelle. »

2° « Attendu que le fait que l'extraction et le triage du charbon sont opérés par la compagnie minière ne modifie pas la nature juridique de ce droit, l'article 698 C. civ. permettant aux parties de mettre à la charge du propriétaire du fonds asservi les travaux nécessaires à l'usage de la servitude...³⁶⁵ »

Grâce à cette analyse qui distingue la servitude proprement dite du travail qui en est l'accessoire, la Cour de cassation atténue en fait considérablement la rigueur de la règle *servitus in faciendo consistere non potest*. Mais le recours à la notion d'accessoire en cette hypothèse est-il légitime ?

« Le rôle de la personne du propriétaire du fonds servant doit demeurer accessoire à la servitude. Jusqu'où peut aller le travail *accessoire* de l'homme ?... Si la servitude peut porter sur une matière présentant des propriétés définies, les manipulations nécessaires à l'obtention de ces propriétés doivent être réputées accessoires à la servitude principale. Ces manipulations traduisent, elles aussi, un travail spécifiquement personnel qu'il peut être difficile de présenter comme une *utilité du fonds servant* susceptible d'être transférée au fonds dominant. Les transformations de la matière faisant l'objet de la servitude peuvent être réputées accessoires *dans une certaine mesure*. La difficulté est de préciser cette mesure... On peut se demander si les travaux prétendus destinés à l'usage et à la conservation de la servitude ne constituent pas précisément la servitude même...³⁶⁶ »

Ainsi abordée, la question paraît délicate, pour ne pas dire insoluble³⁶⁷. Ce n'est pas étonnant, car le problème est manifestement mal posé.

365. Civ., 9 janvier 1901, S., 1901, I, 169 ; D., 1901, I, 450 précité.

366. M. Kornprobst, thèse, p. 270, 271, 272.

367. M. Kornprobst poursuit en effet : « On ne peut donner à cette question une réponse uniforme. Dans les cas où la jurisprudence reconnaît l'existence d'une servitude réelle, le rôle de la personne prend une importance et un relief considérables. » (Thèse précitée, p. 272.)

C'est reconnaître qu'on ne peut trouver de critère de ce qui est accessoire de la servitude. On comprend alors que cet auteur considère que « l'extension donnée à l'article 698 apporte à l'article 686 une exception grave » (*ibid.*). Mais on comprend moins bien que « cette exception ne ruine pas cependant le principe de la réalité qui garde sa valeur de règle technique de qualification » (p. 273). S'il n'y a pas de limites au jeu de l'article 698, on ne voit pas ce qui interdira de vider

Il ne s'agit pas de savoir si le travail de l'homme est accessoire par rapport à la matière. Une telle question n'a pas de sens. Elle supposerait une notion quantitative de l'accessoire, ce dernier étant considéré comme une « quantité négligeable ». S'il en était encore besoin, la faiblesse de cette conception serait assez démontrée par son échec inévitable en notre hypothèse. Comment établir une comparaison entre deux termes incomparables ?

Le véritable problème est de savoir si le *droit d'exiger* l'accomplissement d'un travail par une personne est accessoire du droit réel sur le fonds d'autrui et si *l'obligation d'exécuter* ces prestations est accessoire du droit de propriété du débiteur.

292. — Si l'on revient à l'affaire des mines de Graissessac, il faut donc, avec la Cour de cassation, distinguer la servitude elle-même de ses accessoires.

— La servitude est un droit réel permettant de saisir directement certaines utilités du fonds servant. Or, les utilités considérées peuvent n'apparaître que grâce au travail humain. Tel était le cas en l'espèce. « La servitude dont se prévalait la verrerie était en effet établie sur une mine *exploitée*³⁶⁸. » Il n'y a pas là de contradiction avec l'idée de droit réel : la servitude transférait en somme au propriétaire du fonds dominant un droit à une partie de certains fruits du fonds servant. N'est-ce pas là un démembrement de la propriété ? Que la production de ces fruits nécessite un travail humain ne change rien. « La mine de charbon n'est une propriété fructifiée et pratiquement utile que si elle est exploitée, et quand on envisage une servitude de prise de charbon, elle ne s'applique et ne peut s'appliquer que sur une mine *exploitée*³⁶⁹. »

Mais, étant un droit réel, la servitude ne pouvait conférer à son titulaire le droit *d'exiger* l'accomplissement du moindre travail par le propriétaire du fonds servant. Ce dernier était seulement contraint de *subir* de la part du propriétaire du fonds dominant le prélèvement d'une partie du charbon extrait. Si, en fait, la mine était exploitée, la servitude pouvait s'exercer ; mais la servitude ne pouvait obliger le propriétaire du fonds servant à exploiter.

— La servitude étant ainsi définie, il reste à envisager ses accessoires.

Dans quelle mesure le propriétaire de la verrerie avait-il le droit d'exiger du propriétaire actuel du fonds servant l'accomplissement de certains travaux à titre d'accessoire de la servitude ? Pour que, dans le cadre de l'article 698, un rapport d'obligation cesse d'être purement personnel, il faut, nous l'avons vu, relever un double rapport d'accessoire à principal.

complètement la règle *servitus in faciendo consistere non potest* de sa substance.

³⁶⁸. Note anonyme sous l'arrêt de la Cour de cassation, S., 1901, 1, 170.

³⁶⁹. *Ibid.*

Au point de vue passif, la dette doit être accessoire de la propriété du fonds servant. Et il semble, en effet, que les obligations envisagées dans cette espèce présentaient ce caractère, dès lors qu'elles ne pouvaient avoir de sens que mises à la charge du propriétaire de la mine.

Au point de vue actif, la créance doit être accessoire de la servitude ; elle doit être affectée à son service. Elle doit même, aux termes de l'article 698, lui être *nécessaire*. Mais, sans pour autant cesser d'être accessoire. Ce qui signifie qu'elle doit être nécessaire pour l'*efficacité* du principal, mais non pour son *existence*, car elle apparaîtrait alors comme un élément constitutif de la servitude ³⁷⁰. Si bien que, dans l'affaire des mines de Graissessac, la convention pouvait, par exemple, conférer au propriétaire du fonds dominant, à titre d'accessoire de la servitude le droit d'imposer au propriétaire du fonds servant le transport du charbon de la mine à la verrerie. Mais on ne pouvait considérer comme un accessoire « nécessaire pour user de la servitude ou la conserver », le droit de contraindre le propriétaire de la mine à l'exploiter. C'est ce que relevait très justement l'arrêtiste commentant au recueil Sirey la décision de la Cour de cassation : « On ne saurait dire que le propriétaire de la mine est tenu d'un service personnel pour l'extraction et le triage de la houille, parce que l'exploitation est la condition nécessaire, non seulement de l'usage, mais de l'existence même de la servitude ³⁷¹. »

On s'aperçoit donc qu'il n'est possible d'imposer au propriétaire du fonds servant l'obligation d'exploiter son fonds, ni à titre de servitude, ni à titre d'accessoire de la servitude.

293. — Cette solution peut paraître curieuse à certains égards et peut-être est-ce pour cette raison que la Cour de cassation semble considérer que le travail d'exploitation peut être imposé au propriétaire du fonds servant en vertu de l'article 698.

Il peut paraître en effet contradictoire de décider que la servitude existe et de refuser en même temps de l'assortir du droit de contraindre le propriétaire de la mine à l'exploiter, précisément au motif que cette exploitation est nécessaire à l'existence de la servitude. Puisque la servitude, droit réel, ne peut imposer aucune prestation positive, si l'exploitation du fonds servant ne peut être exigée à titre d'accessoire de la servitude, n'est-ce pas ruiner la servitude elle-même ?

Mais, si le *fait* de l'exploitation est nécessaire pour que la servitude existe, il ne s'ensuit pas que l'activité de l'exploitant doive faire l'objet d'un *droit* au profit du titulaire de la servitude. Seulement, si le propriétaire du fonds servant s'est effectivement obligé à exploiter, la créance du propriétaire du fonds dominant n'est pas

370. *Supra*, n° 32.

371. Note précitée, S., 1901, I, 170.

accessoire de sa servitude, car elle en assure l'existence et non l'usage. La règle de l'accessoire ne peut jouer. Le droit reste purement personnel.

On se heurte alors à une nouvelle objection : N'est-il pas illogique que la maxime *accessorium sequitur principale* produise des effets si importants, allant jusqu'à faire apparaître une catégorie au régime intermédiaire entre les droits réels et les droits personnels, lorsqu'il est question d'assurer l'usage de la servitude, et que l'on soit désarmé quand il s'agit d'en garantir l'existence ?

La solution n'est pourtant pas aussi choquante qu'il paraît au premier abord.

Que l'activité du propriétaire du fonds servant soit nécessaire à l'existence ou à l'efficacité de la servitude, ce qui compte pour le sort du droit réel est moins l'obligation de faire que l'accomplissement effectif de l'activité.

Or, s'il s'agit de la mise en valeur du fonds servant, l'intérêt du propriétaire est de déployer l'activité qui lui permet de tirer parti de son bien. Ce faisant, il en fera apparaître les utilités, dont certaines passent, en vertu de la servitude, au profit du propriétaire du fonds dominant. Ce n'est pas pour faire naître la servitude que le maître du fonds servant exploite, mais, du moment qu'il exploite pour lui-même, la servitude existe.

Au contraire, une activité qui a pour but de permettre l'usage ou la conservation de la servitude ne s'explique que par cette servitude. Il n'y aurait aucune raison pour que le propriétaire du fonds servant accomplisse cette activité dont il ne retire rien, s'il n'y était obligé juridiquement. Et, tenu d'une obligation, l'échéance ne serait que repoussée et, à plus ou moins long terme, le sort de la servitude compromis, si la règle de l'accessoire n'assurait la survie et la transmission de cette obligation.

Il reste cependant que lorsque la servitude porte sur un fonds exploité et que son existence dépend de cette exploitation, la situation n'offre pas une stabilité absolue. Sans doute est-il de l'intérêt du propriétaire du fonds servant de tirer parti de son bien. Mais l'appréciation de cet intérêt peut varier. Et une autre forme d'utilisation du fonds peut apparaître plus rentable. Si l'existence de la servitude est liée à une certaine forme d'exploitation, la reconversion décidée par le propriétaire du fonds entraîne extinction de la servitude. Et il n'est pas possible, techniquement, tant que l'on respecte les catégories classiques, d'imposer autrement que par une obligation personnelle, donc relativement éphémère, une activité positive qui n'est pas accessoire de la servitude.

Est-ce si fâcheux ? Il est bien dans la ligne de toute la réglementation du « droit des biens » dans le Code civil, de faire confiance au propriétaire pour juger de ce qui est la meilleure utilisation de son immeuble³⁷². Dans la mesure où une servitude peut

372. Cf. *supra*, n° 225.

porter sur des utilités d'un fonds qui sont liées à une certaine forme d'exploitation, il serait antiéconomique que cette servitude figeât définitivement cette exploitation. C'est pourquoi nous avons dit que la règle *servitus in faciendo consistere non potest* ne s'expliquait pas seulement par le souci politique d'éviter un retour de la féodalité, mais aussi par le souci économique de permettre une adaptation de l'utilisation des immeubles à l'évolution de la conjoncture. Dans cette optique, le système est cohérent :

— ou le « service foncier » peut être rendu quel que soit le type d'exploitation du fonds et la servitude n'est d'aucune gêne pour le progrès économique,

— ou ce « service » est lié à un genre particulier d'exploitation parce que l'utilité transférée au fonds dominant suppose un certain usage du fonds servant. Mais le propriétaire reste libre d'accomplir ou non cette activité. S'il l'estime rentable, l'exploitation à laquelle il se livrera dans son propre intérêt rendra possible l'existence de la servitude. Sinon, il cessera cette activité et ce n'est pas la servitude, ni à titre principal ni à titre accessoire, qui l'obligera à poursuivre une exploitation condamnée par le progrès.

294. — Aussi, la jurisprudence est-elle critiquable lorsque, comme dans l'arrêt qui nous a servi de point de départ à cette discussion, elle paraît couvrir de l'article 698 toutes les obligations positives imposées au propriétaire du fonds servant, sans distinguer celles qui sont véritablement accessoires de celles qui ne le sont pas. C'est là, donner l'impression que les vertus mystérieuses de la maxime *accessorium sequitur principale* permettent de tourner le principe de l'article 686, qu'« on laisse rentrer par la fenêtre ce qu'on prétendait mettre à la porte »³⁷³.

A l'égard d'une conception aussi extensive qu'imprécise de la règle de l'accessoire, les critiques de la doctrine sont fondées³⁷⁴. Mais nous espérons avoir montré que, maintenue dans ses limites naturelles, la règle de l'accessoire n'est pas seulement une justification formelle, mais fournit une explication technique acceptable du régime des « obligations accessoires d'une servitude ».

Comme c'est souvent le cas, la maxime *accessorium sequitur principale* introduit une certaine souplesse dans le jeu de catégories rigides.

On peut estimer cette souplesse insuffisante. Sainement entendue, la règle de l'accessoire reste enfermée dans des limites assez étroites. « Il est permis de penser, en effet, qu'un régime plus organique d'aménagement des rapports entre ces personnes dont les

373. S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*, p. 153.

374. Ces critiques ne sont d'ailleurs pas seulement le fait des auteurs qui repoussent les caractères classiques des droits réels. M. Dabin, défenseur de la conception traditionnelle des droits patrimoniaux, s'associe à la condamnation des extensions abusives faites par les tribunaux (*Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 38).

droits se rencontrent sur la même chose, et d'aménagement dans le sens d'une entraide, se traduisant par des obligations positives réciproques, serait non seulement plus équitable, mais plus profitable, à la fois pour l'une et l'autre... et pour la société en général, notamment du point de vue d'une bonne exploitation des biens³⁷⁵. »

Ce sont sans doute de telles préoccupations qui inspirent les tribunaux quand ils déforment la maxime *accessorium sequitur principale* ou la notion de servitude³⁷⁶.

Ce sont sans doute de telles préoccupations qui inspirent les auteurs qui proposent de reconsidérer la notion de droit réel pour en faire naître des obligations positives. On peut d'ailleurs se demander si ce remède ne serait pas excessif. Si le retour au servage n'est plus à craindre aujourd'hui, nous avons vu que le principe *servitus in faciendo consistere non potest* garantit une certaine liberté d'ordre économique et écarte certaines entraves au progrès dans des conditions que les théories nouvelles auraient peut-être du mal à assurer. Il faut éviter dans la mesure du possible de transformer les « services fonciers » en « entraves foncières³⁷⁷ ».

La voie la meilleure serait probablement une refonte du titre « des servitudes », faisant, selon la tendance actuelle, une large place à un arbitrage judiciaire. Le législateur n'a-t-il pas créé une servitude judiciaire dite « de cour commune³⁷⁸ » ? Le problème a perdu de son acuité, bien des fonctions assumées par la servitude ayant été reprises sous des formes administratives³⁷⁹.

Quoi qu'il en soit, en l'état actuel du droit positif, la règle de l'accessoire joue un rôle important en matière de servitudes, particulièrement riche de conséquences lorsqu'il s'agit d'obligations accessoires. Du moins tant que l'on reste fidèle à la notion classique du droit réel. Car, comme en de nombreuses autres hypothèses, le jeu de la maxime *accessorium sequitur principale* est ici lié à un certain appareil technique. Il ne nous appartient pas de trancher le débat théorique opposant la conception traditionnelle à l'effort de présentation nouvelle des droits patrimoniaux. La controverse ne dépend pas *seulement* d'un désaccord au sujet de la règle de l'accessoire. Ce que nous avons voulu montrer, c'est que l'appel à cette règle n'est pas dépourvu de signification, et qu'il ne suffit pas de relever que la doctrine classique invoque la maxime *accessorium*

375. J. Dabin, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 39.

376. Cf. par exemple 1^{re} Civ., 14 avril 1956, *Bull.*, 1956, I, n° 161, p. 131. Cet arrêt admet que « ne constitue pas une servitude personnelle prohibée par l'article 686 » une « servitude » imposant « la vinification et la conservation des récoltes de raisin » au motif qu'elle « a été stipulée au profit de tout acquéreur éventuel du vignoble », ce qui n'explique pas comment une prestation positive peut être érigée en servitude. Cf. aussi l'exposé des hésitations de la jurisprudence par M. de Juglart, thèse, p. 97 s.

377. D. Tallon, note sous 1^{re} Civ., 14 octobre 1963, *D.*, 1964, 513.

378. Cf. G. Liet-Veaux, *D.*, 1964, *Chron.*, p. 13.

379. D. Tallon, note précitée, *D.*, 1964, p. 513.

sequitur principale pour conclure à l'échec de cette théorie. Dans un certain contexte technique, la règle de l'accessoire peut fournir elle-même une pièce de l'édifice. Mais, évidemment, si ce contexte change, elle ne jouera plus le même rôle.

On voit en tout cas que la simple question de la portée de la maxime *accessorium sequitur principale* dans l'article 698 immanquablement à élever le débat, car ce sont bien les notions de droit réel et de droit personnel qui sont en cause. Non seulement la discussion peut être élevée, mais elle peut être élargie. La règle de l'accessoire est une méthode disponible pour d'autres emplois, débordant le cadre des servitudes. Et si nous avons abordé la question sous cet angle c'est parce que cette hypothèse est celle où la maxime *accessorium sequitur principale* est le plus nettement invoquée. Mais il est bien d'autres situations où, sans qu'il en soit toujours pris conscience, la règle de l'accessoire peut avoir le même sens.

§ 2. — Les obligations réelles.

295. — Personne ne discute que les « obligations accessoires d'une servitude » sont des « obligations réelles ». Dans la mesure où cette solution met en jeu la maxime *accessorium sequitur principale*, il est rationnel qu'une explication analogue à celle que nous avons exposée à ce propos puisse être invoquée dans les autres cas d'obligations réelles.

Il ne peut être question d'entreprendre ici une étude approfondie de l'obligation réelle, fût-elle abordée par le biais de la règle de l'accessoire, alors surtout que de savants ouvrages ont été consacrés à cette matière³⁸⁰. Sans prétendre refaire une théorie complète de l'obligation réelle, nous voudrions seulement indiquer la place que peut occuper la maxime *accessorium sequitur principale* dans une telle théorie.

L'intérêt de la question est d'ailleurs moins de rendre compte des hypothèses « dans lesquelles la notion d'obligation réelle fournit seulement une explication des résultats techniques déjà acquis ; il consiste à déterminer dans quelle mesure de telles obligations *propter rem* ou réelles peuvent être créées en marge des règles légales existantes³⁸¹ ».

380. Michon, *Les obligations propter rem dans le Code civil*, thèse, Nancy, 1891.

M. de Juglart, *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1937.

G. Balbi, *Le obbligazioni propter rem*, *Memorie delle institue giuridiche della Università di Torino*, 1950.

H. Aberkane, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, thèse, Paris, 1955.

381. Marty et Raynaud, II, 2, n° 7.

A. — Le rôle de la règle de l'accessoire dans l'explication
des obligations réelles

Il est assez facile d'établir que les obligations réelles sont des obligations accessoires et que la maxime *accessorium sequitur principale* peut s'appliquer dans des conditions semblables à celles que nous avons rencontrées en matière de servitudes. C'est dire que les obligations réelles suivent le sort du principal et, par là, subissent dans leur nature l'influence des droits réels.

a) Les obligations réelles, obligations accessoires.

296. — Dans leur explication des obligations réelles, la plupart des auteurs spécialistes de la matière écartent notre adage.

De la part de M. Aberkane, qui, on s'en souvient, définit l'obligation *propter rem* comme « l'opposabilité du droit (réel) au tiers titulaire d'un droit concurrent ³⁸² », cette position est parfaitement compréhensible. Nous avons longuement insisté, à propos des servitudes, sur le lien étroit existant entre le rôle particulier de la règle de l'accessoire justifiant un changement des caractères de l'obligation et la définition classique du droit réel. La théorie de M. Aberkane suppose l'abandon de la conception traditionnelle puisque, pour cet auteur, l'opposabilité du droit réel peut prendre la forme d'une prestation positive imposée à une personne déterminée. La maxime *accessorium sequitur principale* se trouve nécessairement écartée dès lors qu'il n'y a plus deux éléments, l'un principal, l'autre accessoire, mais seulement un droit réel aux effets complexes. Il y a là une position de principe qu'on peut admettre ou refuser. Mais, comme il faut écarter de telles analyses de la notion de droit réel pour pouvoir envisager le rôle de la règle de l'accessoire en cette matière, nous nous placerons, *par hypothèse*, dans l'optique de la théorie classique. Nous n'aurons plus à y revenir.

Il est plus curieux que des auteurs qui restent largement fidèles aux caractères traditionnels du droit réel et du droit personnel ne fassent pas intervenir la maxime *accessorium sequitur principale*. M. de Juglart, par exemple, déclare : « Nous rejetons sans discussion les vieux brocards *accessorium sequitur principale* et *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet* dont certains auteurs modernes croient bon de faire usage ³⁸³ ». Or, immédiatement après cette affirmation, le même auteur retient une classification des obligations réelles établie d'après le droit *dont elles sont l'accessoire* ³⁸⁴. N'est-ce pas le signe que le rôle de la règle de l'accessoire mérite au moins d'être discuté ?

382. Thèse précitée, n° 29.

383. Thèse précitée, p. 247.

384. Thèse précitée, p. 247 s. Voici le plan suivi par M. de Juglart

297. — Cette discussion, nous l'avons déjà largement faite à propos des travaux qui peuvent être mis à la charge du propriétaire du fonds servant à titre d'accessoire de la servitude. Il est en effet possible de tenir un raisonnement analogue dans bien d'autres hypothèses.

Soit un rapport d'obligation entre deux personnes, rapport qui peut d'ailleurs être d'origine conventionnelle ou légale, dans lequel la dette est une charge accessoire d'un droit réel (en général, il s'agira de la propriété) dont le débiteur est titulaire. Cela signifie que cette dette est dépourvue de toute portée si elle ne pèse pas sur la personne qui est en même temps le sujet de ce droit réel. La maxime *accessorium sequitur principale* voudrait que cet accessoire passif suive le sort du droit réel qui lui sert de support. A cette solution, la nature de l'obligation oppose un obstacle, notamment lorsqu'il s'agit de transmettre la dette accessoire aux titulaires successifs du droit réel principal. Passer outre et faire jouer cependant la règle de l'accessoire revient à transformer la dette. Son régime est encore, à la base, celui d'une obligation, mais il est dominé par la maxime *accessorium sequitur principale*.

Toute la question est de savoir si la règle de l'accessoire peut ainsi l'emporter. L'intérêt qu'il peut y avoir à adopter une telle solution est d'assurer la survie de l'accessoire en le maintenant lié à son support. Quand cet intérêt sera-t-il assez fort pour justifier une transformation de l'obligation ? Il est un cas, nous l'avons vu, à propos de l'article 698, où la situation apparaît particulièrement grave : lorsque le rapport d'obligation qui, envisagé du point de vue passif, est déjà accessoire d'un droit réel, est aussi, du point de vue actif, accessoire d'un autre droit réel. Alors, il est important d'assurer la stabilité de la créance affectée au service de ce droit réel. Ce n'est plus seulement le sort d'une créance qui est en jeu, mais en outre celui d'un droit réel et, à travers ce dernier, la possibilité d'exploiter des biens ³⁸⁵.

pour traiter des « diverses catégories d'obligations réelles, leur classification et leurs caractères » :

Section I : Obligations réelles positives.

§ 1. — Obligations réelles positives *accessoires* du droit de propriété (p. 247 s.).

§ 2. — Obligations réelles positives *accessoires* du droit réel de servitude (p. 254 s.).

§ 3. — Obligations réelles positives *accessoires* des droits réels d'usufruit, d'usage et d'habitation (p. 258 s.).

§ 4. — Rejet de la théorie en vigueur sur les prétendues obligations réelles positives *accessoires* des droits réels de garantie (p. 261 s.).

Section II : Obligations réelles négatives.

§ 1. — Obligations réelles négatives *accessoires* du droit de propriété (p. 265 s.).

§ 2. — Obligations réelles négatives *accessoires* de la servitude (p. 270 s.).

385. A quoi l'on peut encore ajouter que nombre de droits réels sont, en principe, perpétuels et que le maintien de leur efficacité déborde alors l'intérêt personnel de leur titulaire actuel.

Or, que dit-on des obligations réelles ? « L'obligation *propter rem* est celle dont on est tenu à raison d'un droit réel ³⁸⁶ ». « Elle est considérée comme une obligation rattachée à un droit réel ³⁸⁷ ». « C'est une obligation dont le débiteur se trouve désigné par le fait qu'il est titulaire d'un droit réel ; elle se transmet en conséquence aux titulaires successifs de ce droit ; le débiteur de l'obligation réelle peut également s'affranchir de cette charge en faisant abandon de son droit réel ³⁸⁸ ». Voici pour le caractère accessoire de la dette : greffée sur un droit réel qui lui sert de support, elle en suit le sort.

Pourquoi cette consécration de la maxime *accessorium sequitur principale* ? « parce que (l'obligation réelle) a pour *but* sinon d'organiser des rapports entre droits réels voisins ou concurrents, tout au moins de *compléter les prérogatives d'un titulaire de droit réel* et d'assurer la mise en œuvre et la pleine jouissance de ce droit par certaines prestations positives complémentaires à la manière de celles que les articles 698 et 699 permettent en matière de servitudes de mettre à la charge du propriétaire des fonds servants, sauf faculté d'abandon ³⁸⁹ ». Voilà pour le caractère accessoire de la créance ³⁹⁰. Le rapport d'obligation est créé en vue de compléter un droit réel du *créancier*, cette fois, et non plus du débiteur.

On trouve donc un double lien d'accessoire à principal unissant le rapport d'obligation à deux droits réels distincts. A cet égard, on peut estimer que le terme d'obligation réelle ou d'obligation *propter rem* n'est peut-être pas très heureux. Le mot « obligation » est ambigu, en ce qu'il peut désigner le rapport juridique envisagé dans son ensemble, ou le seul aspect passif de ce rapport : la dette. L'expression usitée tend alors à faire oublier que « l'obligation réelle » est aussi une « créance réelle ». Ce trait est cependant important, non pas tant qu'il faille souligner que la créance suit le sort du droit réel au service duquel elle est affectée, car la transmission d'un accessoire actif ne présente pas de difficulté ³⁹¹,

386. Aubry et Rau, IV, § 299.

387. H. Aberkane, thèse, n° 1.

388. Marty et Raynaud, II, 2, n° 7.

389. *Ibid.*

390. Cf. le classement des obligations *propter rem* d'après le droit réel du *créancier* dans la thèse de M. de Juglart, p. 247 s. (cf. *supra*, note 384).

391. « La majorité des auteurs, qui relient l'obligation au seul débiteur, n'ont évidemment pas aperçu la transmission de la « créance » réelle, transmission qui existe cependant. Si l'obligation *propter rem* est le respect d'un droit réel, on la doit toujours au titulaire actuel de ce droit et c'est lui qui pourra en requérir l'exécution à son profit, quand bien même elle aurait pris naissance du chef du précédent titulaire, et sans qu'il soit besoin d'aucune formalité ni cession expresse. » (H. Aberkane, thèse, n° 114.) La même solution s'explique même si on ne définit pas l'obligation réelle comme le « respect d'un droit réel », dès lors que l'on admet que la créance est accessoire d'un droit réel du créancier. Et le silence des auteurs se comprend, puisque la transmission d'une

mais parce que ce caractère traduit l'intérêt particulier que présente la stabilité de cette créance et justifie que, pour assurer la survie de l'accessoire, la maxime *accessorium sequitur principale* joue, même en ce qui concerne l'aspect passif du rapport d'obligation.

Ce point nous paraît essentiel et trop fréquemment passé sous silence. Il arrive qu'on dise des obligations réelles : « Ce sont des obligations accessoires à un droit réel. Elles se transmettent avec ce droit ³⁹² ». Mais de quel droit réel s'agit-il ? Faute de le préciser, la tentation est grande de ne voir qu'un aspect de la question ou, ce qui est plus grave, de confondre entre eux les deux liens d'accessoire à principal. On en arrive alors à la notion de droit réel passif, qui conduit à d'inextricables complications quand il s'agit de déterminer la nature de l'obligation réelle.

b) La nature juridique des obligations réelles.

298. — Dans la mesure où l'on admet que c'est le parti-pris de donner effet à la maxime *accessorium sequitur principale* qui caractérise les obligations réelles, peut-on dire que l'accessoire emprunte la nature du principal ?

La question est assurément délicate, en présence des controverses doctrinales qui règnent au sujet de la nature des obligations réelles. Les analyses vont du droit personnel ³⁹³ au droit réel ³⁹⁴ en passant par la conception, plus répandue, d'une nature « mixte » intermédiaire entre le droit réel et le droit personnel ³⁹⁵, avec de multiples nuances entre ces trois grands pôles ³⁹⁶.

Un point peut être tenu pour certain : la règle de l'accessoire, pas plus qu'aucune règle juridique d'ailleurs, ne peut changer la « nature des choses », les données de fait. L'obligation réelle établit toujours un rapport entre deux personnes dont l'une peut exiger de l'autre une prestation. On ne pourra jamais faire qu'elle soit le pouvoir de tirer directement des utilités d'une chose. De même que la théorie de l'immobilisation par destination ne rend pas un cheval immobile, la « réalité » d'une obligation ne peut avoir de

créance accessoire ne présente pas d'originalité particulière et ressort du jeu « normal » de la maxime *accessorium sequitur principale* (cf. *supra*, n^{os} 90 s.).

392. J. Derruppé, thèse, n^o 296.

393. J. Derruppé, thèse, n^o 296.

394. Cf. *supra*, n^o 284.

395. Bonnecase, supplément au traité de Baudry-Lacantinerie V, n^o 153 s. M. de Juglart, thèse précitée. G. Balbi, *op. cit.*

396. Par exemple, la doctrine de M. Aberkane, à laquelle nous avons déjà fait allusion, semblerait devoir faire de l'obligation réelle sinon un droit réel du moins un aspect du droit réel dont elle exprimerait l'opposabilité. Cependant, M. Aberkane accorde à l'obligation réelle la nature d'un droit de créance. Mais « si elle participe d'une certaine réalité, ce n'est pas par sa nature mais seulement par son origine » (thèse, n^o 103 *bis*).

prise sur sa « nature intrinsèque et fondamentale » qui « sera identique à celle de tout autre droit de créance³⁹⁷ ». L'obligation réelle est, par nature, un lien de droit entre un créancier et un débiteur. Elle est d'ailleurs aussi, par nature, un accessoire de deux droits réels.

Le droit ne peut méconnaître la réalité, mais il peut l'envisager sous des angles fort variables. Définir la « nature juridique » d'une institution, c'est déterminer la catégorie dans laquelle elle entre. Or, les catégories ne sont que des instruments techniques³⁹⁸. Le monde qu'elles constituent est un univers juridique, qui reste malléable. Quelque vénérable que soit la tradition à ce sujet, on peut proposer une nouvelle définition du droit réel, susceptible d'accueillir des rapports entre deux personnes³⁹⁹. C'est reconstruire sur de nouvelles bases la classification des droits patrimoniaux. Il n'y a là rien de choquant *a priori*. Seulement, cet effort ne semble pas actuellement jugé opportun par la majorité de la doctrine. En tout cas, si une telle redistribution des catégories avait lieu, la maxime *accessorium sequitur principale* n'y serait pour rien.

C'est dans le cadre des notions classiques que la règle de l'accessoire peut avoir une influence sur la nature des obligations réelles. Il est clair cependant qu'elle ne peut en faire des droits réels. On pourrait, à la rigueur, concevoir qu'au point de vue actif le rapport d'obligation fût assimilé à un droit réel. Mais il est absolument impossible d'étendre cette assimilation à l'aspect passif de l'obligation. Le droit réel porte directement sur une chose. A moins de personnifier la chose, il ne comporte pas, à proprement parler d'aspect passif⁴⁰⁰. Il n'existe pas de « charge réelle » sur laquelle pût s'aligner la dette⁴⁰¹. En réalité, c'est un droit réel du débiteur qui sert de support à la dette. Mais c'est un droit réel véritable, un droit actif. Il ne peut communiquer sa nature à une dette, pas plus d'ailleurs qu'il ne lui communique son régime. L'obligation obéit à des règles qui lui sont propres. Sans doute sont-elles directement influencées par celles qui gouvernent le droit réel principal, mais on ne voit pas comment elles pourraient s'identifier les unes aux autres. Rien dans le régime d'un droit réel n'est susceptible de s'appliquer à une dette.

Il faut se garder de voir dans la règle de l'accessoire une sorte d'osmose mystérieuse en vertu de laquelle le principal communi-

397. J. Derruppé, thèse, n° 296.

398. F. Génv, *Science et technique en droit privé positif*, notamment III, nos 207, 208.

399. Il ne semble pas qu'aujourd'hui on présenterait la classification technique des droits réels et droits personnels comme étant de « Droit naturel » (cf. M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 2^e éd., p. 64).

400. « L'obligation passive universelle » traduit seulement l'opposabilité du droit.

401. Cf. *supra*, n° 288.

querait sa nature à l'accessoire. L'obligation réelle n'est pas un droit réel.

299. — Est-elle encore une obligation au sens technique du terme ?

En ce qui concerne son régime, le droit positif est assez net : « D'une part, il est en principe celui des droits de créance, pour la raison que la loi a précisé le régime des liens de droit et notamment les règles de l'exécution forcée à l'occasion des droits de créance. D'autre part, ce régime va être influencé par certains points par l'origine particulière de cette obligation. Il va commander, par exemple, la transmission ou la faculté d'abandon ⁴⁰². » Autrement dit, l'obligation réelle suit le sort du principal, ce qui ne serait pas le cas d'une obligation ordinaire.

« Mais ce caractère accessoire de l'obligation ne saurait changer, écrit M. Derruppé, la nature du droit qu'elle constitue. Les modalités dont peut être affectée l'obligation, au point de vue de sa transmission, de son exécution, ou de son extinction, ne changent rien à la nature intrinsèque du droit accordé au créancier ; il y a toujours prestation due par une personne à une autre personne, pouvoir du créancier d'exiger un service d'une autre personne... Or, selon nous, c'est là la caractéristique essentielle, le *criterium*, du droit de créance... ⁴⁰³. »

D'autres auteurs, à partir des traits originaux de l'obligation réelle y voient « une notion autonome, nantie d'une individualité propre ⁴⁰⁴ » « intermédiaire entre le droit réel et le droit personnel ⁴⁰⁵ ».

Le débat porte en somme sur le point de savoir si les obligations réelles constituent « une catégorie à part au sein des droits de créance ⁴⁰⁶ » ou une catégorie originale placée au même niveau que celle des droits réels et droits de créance. Nous n'entrerons pas dans cette discussion parce qu'elle présente, au fond, peu d'intérêt. L'obligation suit le sort du principal et, par là, son régime est directement influencé par celui des droits réels. D'obligation ordinaire intransmissible au point de vue passif, elle devient obligation réelle transmissible. Par là, elle change de nature juridique puisqu'il faut une nouvelle catégorie pour l'accueillir. Peu importe que cette dernière catégorie se range encore sous la rubrique des droits de créance ou cesse d'en faire partie, dès lors que les traits essentiels de son régime sont fixés.

A cet égard, l'accord ne règne pas sur tous les points. Nous ne pouvons entreprendre ici l'examen de ces questions.

402. H. Aberkane, thèse, n° 103 bis.

403. Thèse, n° 295.

404. M. de Juglart, thèse, p. 351.

405. *Ibid.*, p. 283.

406. J. Derruppé, thèse, n° 296.

De toutes façons, nous ne prétendons pas tout expliquer de toutes les obligations réelles au moyen de la maxime *accessorium sequitur principale*. S'il était intéressant de noter la contribution que pouvait apporter notre adage à l'explication du curieux « mélange du réel et du personnel⁴⁰⁷ » qui caractérise l'obligation *propter rem*, c'était davantage un éclaircissement de la règle de l'accessoire elle-même que nous recherchions en abordant cette question. A cet égard, les enseignements sont précieux, puisqu'on voit se dégager le mécanisme et les conditions d'application de cet aspect particulier de la maxime *accessorium sequitur principale*.

Ces limites sont-elles rigides ?

C'est, au point de vue pratique, une question capitale. Des efforts considérables ont été déployés afin d'étendre la théorie des obligations réelles au plus grand nombre possible d'hypothèses. Il est important de signaler ce que signifie à cet égard une prise de conscience plus nette du rôle de la règle de l'accessoire.

B. — Le rôle de la règle de l'accessoire dans la détermination du domaine des obligations réelles

La liste des obligations réelles d'origine légale n'est guère discutée et il n'est pas utile d'en dresser le catalogue généralement admis. Il est cependant intéressant de remarquer que si l'utilisation de la règle de l'accessoire dans l'explication des obligations réelles conduit parfois à réduire leur domaine, elle tend souvent à favoriser une interprétation assez large des textes. Par là, on peut mesurer les chances d'extension du procédé dans d'autres secteurs.

a) Le domaine traditionnel des obligations réelles.

300. — Dans la plupart des cas où l'on reconnaît des obligations réelles, il est effectivement possible de trouver le double rapport d'accessoire à principal reliant l'obligation à deux droits réels. On peut voir là une confirmation du schéma que nous avons esquissé.

Il est toutefois un cas où la maxime *accessorium sequitur principale* paraît bien en échec : le tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué est traditionnellement considéré comme tenu d'une obligation *propter rem*⁴⁰⁸. « Les créanciers ont le droit de suite qui leur permet de suivre leur gage en quelques mains qu'il passe. Le détenteur est donc exposé à leur poursuite ; il est obligé à raison du droit qu'il a sur la chose et peut devenir complètement étranger à l'obligation hypothécaire en renonçant à ce droit⁴⁰⁹. »

407. M. de Juglart, thèse, p. 350.

408. Cf. H.-L.-J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, III, n° 468 ; Ripert et Boulanger, III, n° 895.

409. Michon, thèse, p. 124.

Mais à quoi est-il obligé ?

A ne pas diminuer la valeur du gage. Ici, il n'y a pas de difficulté : il s'agit bien d'une obligation réelle. Au point de vue passif elle suppose que le débiteur est propriétaire de l'immeuble ; au point de vue actif, elle est affectée au service du droit réel d'hypothèque.

En réalité, ce n'est pas cette obligation qui est visée lorsqu'on parle du tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué : c'est l'obligation de payer la dette en garantie de laquelle l'hypothèque a été constituée. Là, il est assez évident qu'on ne peut invoquer la maxime *accessorium sequitur principale* : d'une part, du côté actif, la créance n'est pas accessoire d'un droit réel. C'est tout le contraire ! L'hypothèque est affectée au service de la créance dont elle renforce l'efficacité. C'est le droit réel qui est l'accessoire. D'autre part, du côté passif, la dette n'est pas accessoire de la propriété de l'immeuble hypothéqué : le paiement d'une somme d'argent ne suppose pas nécessairement que le *solvens* ait un droit sur un immeuble. L'obligation n'a besoin d'aucun support.

La règle de l'accessoire ne peut donc expliquer que le tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué soit tenu d'une obligation réelle. Est-il d'ailleurs certain qu'une telle obligation soit mise à sa charge ? Les auteurs qui ont spécialement étudié l'obligation *propter rem* sont partagés⁴¹⁰. En effet, le doute est permis. « On enseigne d'ordinaire que quatre partis s'offrent au choix du tiers détenteur : 1° payer, 2° purger, 3° délaisser, 4° se laisser saisir⁴¹¹. » Il est possible de soutenir que « la seule obligation qui soit imposée au tiers détenteur (indépendamment de celle de ne pas diminuer la valeur du gage) est... celle de subir la saisie de son bien, sauf à lui à recourir, s'il désire échapper à la saisie à l'une des options prévues par la loi⁴¹² ». Or, ce n'est pas là une obligation réelle, mais simplement l'opposabilité du droit réel d'hypothèque. Le tiers détenteur n'est alors tenu à aucune prestation. Quant aux autres partis auxquels il peut s'arrêter, « bien que (la loi) s'exprime en termes d'obligation, le contexte révèle, sans ambiguïté que le tiers n'est pas obligé de faire choix entre les trois procédés et qu'il lui est toujours loisible de laisser la procédure de la saisie suivre son cours⁴¹³ ». On ne voit pas alors où serait l'obligation réelle. « La vérité est que, là où existe une obligation (et non une faculté), le débiteur est lié

410. Michon voit dans l'obligation du tiers détenteur une obligation *propter rem* (thèse, p. 124).

M. Aberkane y voit une obligation *propter rem* assez particulière, « que la doctrine traditionnelle a tort de présenter comme l'obligation réelle par excellence » (thèse, n° 167) ; M. de Juglart (thèse, p. 263) et M. Balbi (*op. cit.*, p. 213) écartent l'idée d'obligation réelle en cette hypothèse (dans le même sens, Bonnecase, Supplément V, p. 398, J. Derupé, thèse, n° 294).

411. Ripert et Boulanger, III, n° 893.

412. J. Dabin, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 40.

413. *Ibid.*

par un impératif catégorique, sans possibilité de choix entre l'exécution de l'obligation et la sanction⁴¹⁴. »

Si l'on adopte une telle conception, l'échec que rencontre ici la maxime *accessorium sequitur principale* ne ferait que confirmer le rôle qu'elle joue en matière d'obligations réelles, dans le cadre des catégories classiques.

301. — La plupart du temps, l'appel à la règle de l'accessoire est loin de conduire à restreindre le domaine des obligations réelles. Au contraire, elle désigne tout un domaine où de telles obligations peuvent être admises largement.

En analysant le double rapport d'accessoire à principal, qui nous paraît justifier la catégorie des obligations réelles, nous avons distingué la dette de la créance. Mais il s'agit des deux faces d'un même droit. Ce droit qui est à la fois accessoire de deux droits réels établit entre eux un pont. Théoriquement, deux droits réels distincts n'ont entre eux aucun point de contact. Ce système est trop rigide lorsque les deux droits réels portent sur une même chose ou sur deux choses voisines. Fatalement les deux titulaires de ces droits sont amenés à se rencontrer. Ils pourraient établir entre eux des relations personnelles. Mais elles ne seraient pas assez durables pour qu'on puisse fonder sur elles un aménagement en principe définitif des rapports entre les deux droits réels. Or une telle situation est particulièrement propice à l'établissement du double rapport d'accessoire à principal caractérisant l'obligation réelle. Dès que l'on pourra découvrir dans ce secteur un principe d'obligation légale, la règle de l'accessoire conduira à en faire une obligation réelle.

On remarquera combien cette conception se rapproche sur ce point de la théorie de M. Aberkane. Cet auteur voit, on s'en souvient, dans l'obligation *propter rem* un « mode de solution d'un conflit de droits réels »⁴¹⁵. Or, si le double rapport d'accessoire à principal dont nous avons fait état ne suppose pas *nécessairement* un conflit entre droits réels voisins ou concurrents⁴¹⁶, une telle situation crée bien un climat privilégié dans lequel naîtront de nombreuses obligations accessoires aux deux droits réels en présence.

La jurisprudence, dans de telles hypothèses, n'hésite pas à interpréter largement la loi pour y découvrir la source d'obligations qui, en raison de leur caractère accessoire, suivront le sort des droits réels desquels elles dépendent. Ainsi, les articles 701 et 702, qui imposent « de ne rien faire » qui modifie une servitude, paraissent bien exprimer seulement l'opposabilité des deux droits

414. *Ibid.*

415. Cf. *supra*, n° 281.

416. L'exigence d'une telle situation paraît à MM. Marty et Raynaud une conception un peu trop restrictive (*Droit civil*, II, 2, n° 7, p. 15, note 2).

réels, la servitude et la propriété du fonds servant⁴¹⁷. L'interprétation jurisprudentielle conduit à découvrir tout autre chose dans ces textes : le principe de rapports d'obligations entre les titulaires des deux droits réels. Ainsi voit-on imposer au propriétaire du fonds servant certaines prestations positives afin de prévenir la diminution de la servitude⁴¹⁸. Du même principe de « fixité des servitudes » découle l'obligation, imposée au propriétaire du fonds dominant qui a aggravé la servitude de remettre les lieux en état, obligation qui se transmet à l'acquéreur du fonds⁴¹⁹.

La découverte de telles obligations dans les articles 701 et 702 n'est-elle pas, sinon « arbitraire⁴²⁰ », du moins hardie ?

On peut répondre que ces textes seraient parfaitement inutiles s'ils se bornaient à rappeler qu'un droit réel est opposable à tous et qu'il est légitime de les interpréter comme apportant quelque chose de plus : la possibilité de lier les titulaires des deux droits réels par un rapport d'obligation. Surtout, comme l'a particulièrement souligné M. Aberkane, la servitude met en présence deux droits réels, qui risquent d'entrer en conflit⁴²¹ et il n'est pas toujours possible d'aménager les rapports de voisinage en s'en tenant au niveau des choses, sans faire intervenir l'activité des hommes. Les tribunaux sont donc tout naturellement portés à interpréter largement les textes qui peuvent servir à fonder un lien d'obligation entre des personnes dont les droits, théoriquement indépendants, se rencontrent en fait sur la même chose.

Et de telles obligations seront des obligations réelles : dans un cas comme dans l'autre, on peut trouver un double rapport d'accessoire à principal. Au point de vue passif, ces obligations ont pour support un droit réel, tantôt la propriété du fonds servant et tantôt la servitude, tandis qu'au point de vue actif il s'agit de créances affectées au service de droits réels, servitude ou propriété du fonds servant. La stabilité des obligations réelles permet heureusement de tempérer de façon durable l'excessif régime de « quant-à-soi⁴²² » auquel aboutit la conception classique des droits réels.

302. — Mais le rapprochement entre deux droits réels ne suffit pas. Une obligation naît de la loi ou de la convention, non des difficultés de coexistence de droits distincts. Sur ce point, le système dont nous présentons l'esquisse se sépare nettement des théories plus novatrices en la matière. Lorsqu'on dit que l'obligation

417. En ce sens, J. Dabin, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 39.

418. M. Kornprobst, thèse, p. 289 ; M. de Juglart, thèse, p. 256 ; H. Aberkane, thèse, n° 51.

419. M. de Juglart, thèse, p. 257. Marty et Raynaud, II, 2, n° 155 et les références citées.

420. J. Dabin, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 39.

421. Thèse précitée, n°s 49 s.

422. J. Dabin, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 39.

423. H. Aberkane, thèse, n° 29.

réelle « exprime l'opposabilité du droit réel au titulaire d'un droit concurrent ⁴²³ », il serait logique de considérer que le seul fait d'une telle concurrence entre deux droits fasse apparaître l'obligation *propter rem*. Seule son étendue devrait faire question. On comprend assez mal que l'on recherche encore si la volonté individuelle peut créer une telle obligation ⁴²⁴. Lorsqu'on voit dans l'obligation réelle l'envers du droit réel sur la chose d'autrui ⁴²⁵, l'existence de cette obligation est le principe, parfois soumis à des restrictions pour des raisons d'opportunité ⁴²⁶. Au contraire, si l'obligation réelle n'est pas le droit réel lui-même envisagé sous un certain angle, mais est un véritable rapport d'obligation, seulement soumis à la maxime *accessorium sequitur principale*, il est clair qu'avant de chercher à savoir si l'obligation est « réelle », il faut d'abord qu'elle existe. Elle peut certainement avoir sa source dans la loi. Il n'y a pas de raison d'exclure *a priori* qu'elle puisse résulter de la convention ⁴²⁷. Mais l'exigence du double rapport d'accessoire à principal unissant l'obligation à deux droits réels restreint sérieusement la liberté de création des obligations réelles ⁴²⁸.

Ces limites peuvent paraître bien étroites. L'intérêt essentiel que présente le régime de l'obligation réelle est que la dette se transmet à l'acquéreur d'un bien, seul à même d'en assurer l'exécution. On comprend les efforts tentés pour obtenir ce résultat de la façon la plus large possible.

b) L'extension du domaine des obligations réelles ; le problème de la transmissibilité des dettes accessoires ⁴²⁹.

303. — Il faut d'abord bien préciser que la question n'est pas ici de rechercher d'une façon générale comment peut se réaliser une cession de dette ou de contrat, mais de déterminer dans quelle mesure il est possible de faire passer une obligation à l'acquéreur d'une chose, comme conséquence immédiate de son acquisition ⁴³⁰.

424. H. Aberkane, thèse, n° 126.

425. S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*, p. 89 s., et *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 582.

426. S. Ginossar, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 583.

427. H. Aberkane, thèse, n°s 125 s.

428. M. Aberkane, adoptant la conception de l'obligation réelle mode de règlement de conflits de droits réels aboutit à des solutions voisines (thèse précitée, n°s 127 s.).

429. Nous avons déjà envisagé la maxime *accessorium sequitur principale* aux prises avec le problème de la transmissibilité des dettes. Raisonant dans le cadre de la déduction logique des conséquences de la constatation d'un rapport d'accessoire à principal, nous avons conclu à un échec de cet aspect de la règle de l'accessoire (*supra*, n°s 97 s.). Depuis, nous avons vu que l'adage *accessorium sequitur principale* pouvait parfois jouer un rôle technique plus important qu'une simple directive d'interprétation. Nous pouvons donc maintenant situer plus exactement au regard de la règle de l'accessoire les moyens proposés pour faire passer les dettes aux ayants cause à titre particulier.

430. Cf. E. Gaudemet, thèse, p. 374 s.

Plus exactement, il s'agit de savoir jusqu'à quel point et par quel moyen le transfert d'un droit réel peut entraîner transport d'une dette.

Ceci suppose naturellement que l'obligation soit liée au droit réel. Et même, pour que le problème présente tout son intérêt, il faut considérer une dette qui ne peut être exécutée pratiquement que par le titulaire du droit réel. C'est dire qu'il faut poser par hypothèse que l'obligation est accessoire du droit réel qui lui sert de support.

Or, nous savons qu'ici, il ne suffit pas de constater un rapport d'accessoire à principal pour que l'accessoire suive le sort du principal. Mais la maxime *accessorium sequitur principale* demeure. Elle offre une solution tout prête. Seulement, en présence de l'obstacle qu'oppose la nature même de l'obligation, la règle de l'accessoire ne s'impose pas d'elle-même. Elle est ici un procédé technique disponible. Mais encore faut-il décider de l'utiliser, sachant que son emploi en cette matière implique une déformation de la notion d'obligation.

Toute la question est donc de trouver un « moteur » capable d'entraîner l'application de la maxime *accessorium sequitur principale* à titre de règle technique. La théorie à la fois légale et jurisprudentielle de l'obligation réelle donne une telle impulsion. Jusqu'où peut-on aller dans cette voie ?

Peut-on étendre la notion d'obligation réelle afin d'assurer largement la transmission des dettes accessoires ? La solution a été proposée⁴³¹. Pour conserver une grande liberté de manœuvre, il faut alors s'écarter de l'analyse que nous avons présentée et rattacher l'obligation au droit réel du seul côté du débiteur. Ceci revient, en somme, à qualifier d'obligation réelle toute dette accessoire d'un droit réel. Mais c'est supposer le problème résolu et admettre la consécration systématique de la règle de l'accessoire. En réalité, il resterait toujours à justifier cette solution. Or, on ne peut guère le faire à partir des textes établissant des obligations *propter rem* : les obligations réelles y apparaissent aussi comme des « créances réelles » affectées au service d'un droit réel du créancier. C'est là une limite sérieuse aux possibilités d'extension des obligations *propter rem*. Et accepterait-on de franchir cette limite qu'on ne voit plus guère comment contenir la théorie dans des bornes raisonnables. L'idée de faire intervenir « le but d'appropriation des richesses par l'utilisation des services⁴³² » paraît bien vague⁴³³. En fait, l'issue logique d'une telle conception serait de considérer comme obligation réelle toute dette qui ne peut être exécutée qu'à partir d'une chose, c'est-à-dire toute obligation accessoire.

431. M. de Juglart, thèse, p. 323 s.

432. M. de Juglart, thèse, p. 349 s.

433. Marty et Raynaud, II, 2, n° 7, p. 15, note 4.

Le droit positif n'en est pas là⁴³⁴. Certes, la jurisprudence est assez confuse et, en particulier, tend à abuser de la notion de servitude⁴³⁵, mais elle est loin d'aboutir à une transmissibilité générale des dettes accessoires⁴³⁶.

304. Ce que l'on cherche à obtenir par la transmission de l'obligation, est la survie des chances d'exécution de la dette après que le débiteur initial, en cédant le droit réel principal, a perdu la possibilité d'assurer cette exécution. Une telle solution est cependant anormale parce qu'elle contredit les caractères de l'obligation. Pour la faire triompher, il faut de solides raisons. Tout dépend d'une appréciation des forces en présence. D'un côté, la technique des obligations ; de l'autre l'intérêt du créancier.

Lorsque de la survie de l'obligation dépend l'efficacité d'un droit réel, l'intérêt du créancier a paru suffisant pour faire céder la technique des obligations. Et c'est ainsi que de la loi et de la jurisprudence se dégage la théorie de l'obligation réelle qui se caractérise d'abord par le succès de la maxime *accessorium sequitur principale*.

En dehors de là, l'intérêt personnel du créancier est-il suffisant ?

En droit positif, d'une façon générale, il faut répondre par la négative. Cet intérêt ne pèse pas d'un poids assez lourd pour entraîner l'application du mécanisme technique *accessorium sequitur principale*.

D'une façon générale, disions-nous, car il existe des exceptions. *Par faveur pour certains créanciers*, le législateur a consacré la transmissibilité de certaines obligations au delà du domaine habituel des obligations réelles. L'article 1743 du Code civil oblige l'acquéreur de l'immeuble donné en location à « entretenir le bail ». L'article 23 alinéa 7 du livre I du Code du Travail décide que « s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel entrepreneur et le personnel de l'entreprise⁴³⁷ ».

Certes, il s'agit de la transmission de contrats synallagmati-

434. Cf. J. Dabin, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 34 s.

435. *Supra*, n° 288.

436. Cf. les références citées, *supra*, n° 100.

437. On remarquera qu'en raison de l'interdépendance des obligations dans un contrat synallagmatique, peu importe de quel côté se trouve l'obligation accessoire. En matière de bail, c'est la dette du bailleur (faire jouir le locataire) qui est accessoire de la propriété de l'immeuble. Elle en suit le sort par faveur pour le locataire créancier. En matière de contrat de travail, c'est la dette du salarié (fournir le travail), qui est accessoire car elle a besoin du support de l'entreprise. Par faveur pour le salarié on assure la survie de sa dette. Mais c'est qu'en contrepartie il bénéficie de la créance de salaires contre l'employeur.

ques. Mais dans une telle opération c'est bien le transfert des obligations qui en naissent, qui soulève des difficultés. Or ici, l'intérêt du locataire ou du salarié à voir passer les obligations de leur cocontractant à celui qui sera en mesure de les exécuter a paru assez fort pour déclencher la règle de l'accessoire.

Sans doute, ne peut-on parler en ces hypothèses d'obligations réelles. L'expression parfois employée est celle d'obligations *scriptae in rem* ⁴³⁸.

A la différence des obligations réelles, elles ne sont pas, au point de vue actif, liées à un droit réel. Elles ne créent pas un pont entre deux droits réels distincts. Leur régime n'est pas non plus absolument identique à celui des obligations *propter rem* ⁴³⁹, ne serait-ce que parce qu'elles sont insérées dans un contrat synallagmatique.

Mais il reste bien cet aspect essentiel qu'est la transmission de la dette avec le droit principal qui lui sert de support. Et cette consécration de la règle technique *accessorium sequitur principale* opère une certaine déformation de l'obligation qui se trouve contrainte, malgré sa nature, de suivre le sort du principal et ainsi de lui emprunter son caractère de transmissibilité ⁴⁴⁰.

Jusqu'où peut-on aller dans la voie des obligations *scriptae in rem* ? Il semble difficile d'abandonner à l'interprète l'appréciation de la protection particulière que peuvent mériter certains intérêts de créanciers digne de faveur. Cette tâche appartient au législateur.

On voit que si les résultats de la maxime *accessorium sequitur principale* sont importants, ils pourraient l'être encore davantage. Mais il ne suffit pas de constater qu'une obligation est accessoire d'un droit transmissible pour qu'elle emprunte immédiatement ce caractère au principal. La règle de l'accessoire est un procédé technique parmi d'autres, qu'il faut utiliser à bon escient.

438. Michon, thèse, p. 3. — H. Aberkane, thèse, nos 187 et 192.

439. En particulier, la transmission à l'ayant cause n'entraîne pas extinction de l'obligation chez l'auteur. Mais il faut bien voir qu'il ne peut plus être question de la part de cet auteur d'exécuter l'obligation elle-même. Cela lui est impossible après la cession de son bien. Il ne peut qu'être tenu à des dommages-intérêts. Le système revient à conférer au créancier une garantie accrue, ce qui est bien dans la ligne d'un parti pris de faveur envers lui.

440. Que l'obligation se colore de réalité apparaît nettement en matière de bail. Il suffit d'évoquer les controverses qui se sont développées sur la nature personnelle ou réelle du droit du locataire, dans lesquelles l'article 1743 tient une part certaine (cf. J. Derruppé, thèse précitée). En ce qui concerne l'obligation de l'employeur, il est plus difficile de parler de réalité. Mais le principal est-il ici un droit réel ? La notion d'entreprise est encore floue et certainement complexe et on peut douter que les rapports juridiques de l'entrepreneur avec l'entreprise ne se traduisent que par des droits réels. C'est d'ailleurs en cette matière que le recours à la règle de l'accessoire pour expliquer la transmission des obligations paraît la plus fragile. On peut se demander si d'autres techniques plus appropriées que la maxime *accessorium sequitur principale* ne devraient pas être invoquées ici (cf. *infra*, n° 374).

Peut-être pourrait-on souhaiter que son emploi fût un peu plus largement consacré par le législateur⁴⁴¹. Mais il ne semble pas possible de fonder sur la maxime *accessorium sequitur principal* un principe *général* de transmissibilité des dettes accessoires⁴⁴². Il ne faut pas se dissimuler qu'il y a toujours une part d'arbitraire à faire jouer la règle de l'accessoire dès lors qu'elle n'est plus la simple expression de la logique ou du bon sens, mais devient une véritable règle technique. Or, tel est le cas en matière de transmission des obligations.

305. — Malgré ses insuffisances comme ses excès, le procédé qui consiste à imposer à l'accessoire un changement de nature rend d'incontestables services. A tel point que l'intervention de la règle de l'accessoire peut n'avoir pas d'autre *but* que de faire entrer les accessoires dans la même catégorie que le principal.

On se doute bien qu'il ne s'agit pas d'un simple souci d'élégance formelle. C'est en considération du *régime* auquel on entend soumettre l'accessoire qu'une mesure aussi grave peut se justifier.

Dans les hypothèses examinées jusqu'ici, il s'agissait également de donner à l'accessoire un régime particulier. Mais ce régime était celui que la maxime de bon sens *accessorium sequitur principale* aurait permis d'obtenir sans les obstacles opposés par certains aspects de la nature de l'accessoire. C'était l'élimination de ces obstacles qui expliquait que la règle de l'accessoire opère un changement de qualification de l'accessoire.

Lorsque la règle de l'accessoire intervient seulement pour aligner la nature juridique de l'accessoire sur celle du principal, le régime que l'on cherche à imposer à l'accessoire est celui qui découlera de sa nouvelle qualification. Il n'est plus question d'éviter, par une consécration de la maxime *accessorium sequitur principale* renforcée, la rupture du rapport d'accessoire à principal. Il s'agit d'ap-

441. Cf. J. Lépargneur, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1924, p. 581.

442. Ce serait le lieu d'évoquer la théorie de la « vocation de l'ayant cause à titre particulier aux obligations de son auteur » (J.-H. du Garreau de la Méchenie, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1944, p. 219 s.). Nous avons déjà discuté (*supra*, n° 99) cette construction ingénieuse qui s'efforce de démontrer que le « successeur particulier » n'est pas un tiers au sens de l'article 1165, par rapport aux obligations contractées par son auteur « quand elles constituent l'accessoire du droit transmis ». Par le détour de cette vocation « quasi successorale » de l'ayant cause, il s'agit en somme de poser une fois pour toutes, que les dettes accessoires quelles qu'elles soient sont, sinon des obligations réelles, du moins des obligations transmissibles. Un tel principe ne se déduit pas du régime général des obligations. Il faut l'imposer. Le véritable problème n'est pas dans la forme (particulièrement complexe ici) sous laquelle la règle pourrait être techniquement établie. Il est de fond : le mécanisme doit-il être mis en mouvement ? Une réponse globale et simple paraît difficile. Nous avons vu qu'il fallait des intérêts particulièrement forts pour déclencher le mécanisme de la règle de l'accessoire. On peut douter que la transmissibilité générale des dettes accessoires soit souhaitable.

pliquer parallèlement au principal et à l'accessoire des règles identiques, afin d'assurer à ces règles un domaine assez vaste. On s'éloigne alors bien davantage encore des conséquences logiques de la relation d'accessoire à principal.

*Sous Section 3. — Le changement de nature de l'accessoire, but de l'intervention de la maxime *accessorium sequitur principale* ; la théorie des actes de commerce par accessoire.*

306. — « Les actes de commerce sont de actes qui, par opposition aux actes civils, sont soumis à des règles spéciales édictées par le droit commercial⁴⁴³. » Or, pour déterminer la nature civile ou commerciale des actes, une large place est faite à la « théorie des actes de commerce par relation », ou « actes de commerce par accessoire ».

Ce terme « accessoire » n'est-il qu'un mot commode désignant une construction totalement autonome ou traduit-il l'intervention en cette matière de la maxime *accessorium sequitur principale* ?

Selon une description classique de la théorie des actes de commerce par accessoire, « ... les jurisconsultes ont opéré un classement ; ils distinguent notamment deux groupes considérables : celui des actes de commerce par eux-mêmes et celui des actes de commerce par relation. Les actes du premier groupe ne doivent leur caractère qu'à eux-mêmes ; ils se placent par une sorte de mouvement propre sous le droit commercial ; aucune influence externe n'agit pour les y conduire. Les actes du second groupe au contraire, envisagés isolément, appellent la loi civile ; s'ils subissent la loi commerciale, c'est qu'ils sont entraînés sous cet empire en quelque sorte étranger par une attraction venue du dehors ; ils ne portent pas en eux le principe de leur commercialité ; c'est, comme le dit leur nom, un rapport, une relation avec d'autres actes de la première catégorie qui explique leur situation juridique⁴⁴⁴ ».

Un tel phénomène d'attraction évoque irrésistiblement la maxime *accessorium sequitur principale*.

Mais si, *a priori*, la règle de l'accessoire semble devoir jouer ici un rôle, il suffit de feuilleter les recueils de jurisprudence pour s'apercevoir de l'extraordinaire diversité des applications de la théorie des actes de commerce par accessoire. Quelle que soit la place assignée à notre adage dans cette théorie, quelle que soit la souplesse des définitions de l'accessoire et du principal, ces applications sont si nombreuses qu'on peut se demander si le schéma classique décrivant une influence du principal sur la nature de l'accessoire correspond encore à la réalité et si, en débordant du

443. A. Jauffret, *Encycl. Dalloz*, Dr. Com. V° Actes de commerce, n° 1.

444. L. Duchange, *Des actes de commerce par relation*, thèse, Paris, 1900, p. 9.

cadre de la maxime *accessorium sequitur principale*, la théorie des actes de commerce par accessoire n'acquiert pas une complète autonomie.

§ 1. — La place de la maxime *accessorium sequitur principale* dans la théorie des actes de commerce par accessoire.

307. — Lorsqu'il s'agit de préciser le rôle de notre adage dans la théorie des actes de commerce par accessoire, on retrouve chez les auteurs les deux attitudes que nous avons si souvent rencontrées chaque fois qu'il était question de la règle de l'accessoire :

— Les uns repoussent catégoriquement tout appel à la maxime⁴⁴⁵.

— Les autres l'invoquent expressément⁴⁴⁶ mais généralement comme une référence purement verbale dispensant de rechercher de plus amples explications.

Or, s'il est a priori surprenant que l'adage *accessorium sequitur principale* n'ait aucune place dans une théorie dont la dénomination met l'accent sur le mot « accessoire » et en vertu de laquelle l'acte qui est ainsi qualifié « accessoire » subit l'influence du « principal », on peut douter qu'il suffise d'invoquer la formule latine pour que tout soit résolu comme par magie.

A vrai dire, l'obscurité qui recouvre la règle de l'accessoire dans tous les domaines, les incertitudes qui s'attachent aux concepts d'accessoire et de principal, suffiraient à expliquer le manque de précision de la doctrine, alors surtout que la définition même du droit commercial fait encore l'objet de vives controverses. Mais, les contradictions proviennent surtout, en cette matière, de la confusion entre deux plans différents sur lesquels la maxime *accessorium sequitur principale* peut jouer des rôles distincts : l'adage est en effet invoqué tantôt comme *fondement* de la théorie des actes de commerce par accessoire⁴⁴⁷, tantôt afin d'en tirer des conséquences pratiques quant à *l'aménagement technique du système*⁴⁴⁸. Cette distinction est pourtant essentielle.

445. L. Duchange, thèse, p. 18, 97 s. — E. Blais, *De l'influence de la profession sur le caractère civil ou commercial des actes juridiques*, thèse, Poitiers, 1924, p. 40, 74. — Ripert, Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 304.

446. Alauzet, *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, VI, 2^e partie, n° 3024. — J.-E. Labbé, note sous Req., 28 janvier 1878, S., 1879, I, 289, P., 1879, 737. — Appert, *Des actes de commerce terrestres*, thèse, Paris, 1897, p. 294. — R. Saint-Alary, *J. Cl. Com.*, art. 632, n° 419.

447. Appert, *op. cit.* — F. Goré, note sous Lyon, 14 février 1956, D., 1957, 166.

448. Combaldieu, *J.C.P.*, 1953, II, 7852.

A. — La maxime *accessorium sequitur principale*
et le fondement de la théorie des actes de commerce par accessoire

Les actes de commerce par accessoire se définissent essentiellement par opposition aux actes de commerce « par nature ». Ces derniers reçoivent directement leur caractère commercial de la loi qui les énumère. La commercialité des actes « accessoires » est indirecte en ce sens qu'elle dérive de la relation qui unit de tels actes à un facteur susceptible de déclencher l'application du droit commercial.

Mais il est aujourd'hui admis par beaucoup que les actes ainsi regroupés grâce à ce dénominateur commun sont de deux sortes :

— D'une part, « aux termes d'une jurisprudence constante interprétant les textes du Code de commerce, sont actes de commerce toutes les obligations du commerçant nées pour les besoins ou à l'occasion de son commerce⁴⁴⁹ ». La relation d'où provient le caractère commercial de l'acte existe entre cet acte et l'activité professionnelle d'une personne. C'est la qualité personnelle du commerçant qui paraît influencer la nature de l'acte. C'est pourquoi on désigne parfois de tels actes sous le nom d' « actes de commerce subjectifs ».

— D'autre part, « on peut trouver dans la loi ou la jurisprudence des cas où la commercialité existe, même pour un acte fait par un non-commerçant, si l'acte est l'accessoire d'un acte de commerce⁴⁵⁰ ». On est ici en présence d'un rapport d'acte à acte, sans considération de la personne de leur auteur ; d'où l'expression parfois employée d' « actes de commerce objectifs accessoires⁴⁵¹ ».

Cette seconde série d'hypothèses nous place d'emblée sur un terrain plus familier. L'analyse du rapport d'accessoire à principal ne souffre pas de difficultés et il suffit d'une conception large du rôle de la règle de l'accessoire en matière d'interprétation pour expliquer la solution. Si nous revenons brièvement ici sur cette application de la maxime de bon sens *accessorium sequitur principale*, c'est d'abord afin d'éviter de morceler nos observations relatives à la théorie des actes de commerce par accessoire. C'est aussi parce que le rapprochement des deux types d'actes de commerce par accessoire fait ressortir, par contraste, toute l'originalité du rôle de la règle de l'accessoire dans l'explication des « actes de commerce subjectifs ».

449. A. Jauffret, *Encycl. Dalloz Dr. Com.*, v° Actes de commerce, n° 397.

450. *Ibid.*, n° 399.

451. Bonnecase, *Traité de droit commercial maritime*, n° 61.

a) Les actes de commerce objectifs accessoires.

308. — L'article 91 du Code de commerce soumet au droit commercial « le gage constitué soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, *pour un acte de commerce...* » ; d'après la jurisprudence, le billet à ordre, le chèque, sont commerciaux quand leur cause est commerciale⁴⁵² ; la commercialité du bail d'un immeuble a été tirée de son affectation au service de la location d'un fonds de commerce...⁴⁵³ On pourrait multiplier les exemples⁴⁵⁴.

Toutes ces solutions trouvent assez aisément leur fondement dans la maxime *accessorium sequitur principale*.

« Les actes de commerce par leur objet (actes isolés et entreprises) et les actes de commerce par leur forme (lettre de change) transmettent leur caractère aux actes qui leur sont accessoires. C'est l'application de la règle *accessorium sequitur principale*. Il est nécessaire de soumettre à des règles uniformes les divers actes d'une même opération⁴⁵⁵. »

Le Code de commerce a voulu soumettre au régime commercial un certain nombre d'opérations d'affaires. Or, le texte donne une liste des actes commerciaux et ignore ceux qui peuvent intervenir pour les préparer ou les compléter. Un décalage peut ainsi se produire entre l'opération commerciale envisagée par le Code comme un simple acte et l'opération concrète, plus complexe parce qu'elle associe des actes accessoires à l'acte principal.

Il est cependant impossible, en l'absence d'indivisibilité entre ces éléments, de les faire entrer de force dans une définition unique : une créance ne peut englober le gage qui la renforce. On est en présence d'actes distincts et le Code se place au niveau des actes et non à celui de la notion vague d'« opération ».

D'un autre côté, il y a quelque chose de choquant à ne pas mesurer avec la même toise un acte non visé par le Code et un acte de commerce par nature, dès lors qu'ils sont unis entre eux par un rapport d'accessoire à principal. Ce rapport provient, dans les exemples généralement cités, de l'affectation de l'accessoire au service du principal. Autrement dit, la cause de l'obligation accessoire est l'acte principal. Il est pour le moins souhaitable de ne

452. A. Jauffret, *Encycl. Dalloz Dr. Com.*, v° Actes de commerce, nos 339, 342, 469.

453. Montpellier, 10 octobre 1951, *G.P.*, 1951, 2, 324.

Une telle hypothèse conserve une certaine ambiguïté. Il n'est pas précisé à quel titre la location d'un fonds de commerce est elle-même commerciale. D'autre part si le preneur est commerçant, il serait possible de voir dans le bail de l'immeuble un acte de commerce subjectif sans chercher de relation particulière entre ce bail et un acte de commerce déterminé (cf. la jurisprudence citée en note sous l'arrêt).

454. Cf. A. Jauffret, *loc. cit.*, nos 471 s. et les références citées par M. Goré, sous Lyon, 14 février 1956, *D.*, 1957, 166.

455. F. Goré, note précitée, *D.*, 1957, 167.

pas détacher l'obligation de sa cause. Cette rupture serait d'autant plus fâcheuse en cette matière qu'elle aboutirait à partager la compétence des juges susceptibles d'être saisis. Non seulement il est illogique de soumettre aux magistrats civils un acte pour la compréhension duquel les éléments d'appréciation sont de la compétence d'autres juges, mais il est évident que tout ce qui touche à l'acte principal risque d'avoir des répercussions sur l'acte accessoire qui en suivra le sort et c'est se condamner à un jeu compliqué de questions préjudicielles et d'actions successives que de soumettre un acte à la compétence civile et l'autre à la compétence commerciale...

La simple constatation du rapport d'accessoire à principal justifie donc que l'on cherche à ne pas dissocier les deux termes du rapport.

Et, à cette fin, le raisonnement dont la maxime *accessorium sequitur principale* exprime la conclusion offre une solution. Nous avons déjà décrit le fonctionnement de cet aspect de la règle de l'accessoire ⁴⁵⁶. Il n'est pas question d'assimiler l'accessoire au principal, non plus que d'englober les deux éléments dans un ensemble unique faisant l'objet d'une qualification globale, faute d'un lien d'indivisibilité donnant sa cohésion à cet ensemble. Mais pour donner sa pleine portée à la règle de droit, il est logique de considérer qu'en visant le principal, elle vise aussi implicitement l'accessoire. On dira donc ici que la loi attribue le caractère commercial à un certain nombre d'actes et qu'elle est censée comprendre dans son énumération les accessoires de ces actes. L'interprétation peut paraître hardie en l'absence de texte, mais elle ne bouleverse pas la méthode de détermination du domaine du droit commercial. Cette « application logique mais extensive de la doctrine objective ⁴⁵⁷ » tend en pratique à maintenir l'unité de certaines « opérations d'affaires », et contribue ainsi à orienter le droit commercial vers un « droit des affaires », pièce importante du « droit économique ⁴⁵⁸ ».

309. — Naturellement, comme nous l'avons vu en d'autres occasions à propos de ce rôle particulier de la maxime *accessorium sequitur principale*, les solutions auxquelles aboutit cette méthode sont empreintes d'une grande souplesse. Il faut chaque fois mesurer la force du lien unissant l'accessoire au principal, comme les obstacles plus ou moins importants qui peuvent s'opposer à l'alignement de l'accessoire sur le principal. C'est ainsi, par exemple, que le cautionnement est traditionnellement considéré comme un

456. *Supra*, n^{os} 105 s.

457. Hamel et Lagarde, *Traité de droit commercial*, I, n^o 175.

458. Hamel et Lagarde, *Traité de droit commercial*, I, n^o 144 ; rapp. R. Savatier, « La nécessité de l'enseignement d'un droit économique », *D.*, 1961, chron. 117.

service d'ami, inspiré par la bienfaisance⁴⁵⁹. Cette idée résiste à la commercialisation de l'acte : « Ce désintéressement exclut la spéculation, et comme il n'y a pas recherche de profit, il ne saurait y avoir acte de commerce⁴⁶⁰. » Le droit commercial n'est pas particulièrement favorable aux débiteurs et il serait bien sévère de priver la caution des avantages du droit civil. On comprend que la maxime *accessorium sequitur principale* soit ici mise en échec et que le cautionnement donné en garantie d'une obligation commerciale conserve son caractère civil⁴⁶¹. Mais il n'y a pas d'incompatibilité absolue entre le cautionnement et la nature commerciale. Le cautionnement est commercial lorsqu'il entre directement dans la catégorie des actes de commerce par nature, par exemple à titre d'opération de banque⁴⁶² ou s'il empruntait la forme commerciale de l'aval d'une lettre de change⁴⁶³. Il serait encore commercial s'il était donné par un commerçant dans l'intérêt de son propre commerce⁴⁶⁴ car il répondrait aux caractéristiques des « actes de commerce subjectifs ». La jurisprudence reconnaît en outre que le caractère commercial de l'obligation garantie se communique au cautionnement, même s'il n'était pas souscrit en faveur du commerce de la caution, même s'il émanait d'un non-commerçant, pourvu que la caution soit personnellement intéressée à l'opération⁴⁶⁵.

Cette dernière série de solutions est parfois critiquée en doctrine⁴⁶⁶. Il y aurait là un abus de la théorie de l'accessoire⁴⁶⁷.

Certes, si la caution n'est pas un commerçant, ou même si le cautionnement est donné par un commerçant mais sans que son engagement soit en rapport avec son propre commerce, on ne peut invoquer la théorie des actes de commerce par accessoire « subjectifs ». Mais il est une autre forme de commercialité par accessoire, celle que la maxime *accessorium sequitur principale* permet

459. F. Goré, note précitée, *D.*, 1957, 168.

460. Req., 31 janvier 1872, *D.P.*, 1872, I, 252.

461. Civ., 16 mai 1866, *D.P.*, 1866, I, 209. — Civ., 27 août 1867, *D.P.*, 1867, I, 490. — Req., 13 août 1872, *D.P.*, 1874, I, 77. — Req., 21 mai 1906, *D.P.*, 1907, I, 90 ; *S.*, 1906, I, 433, note Ch. Lyon-Caen. — Nancy, 6 novembre 1934, *D.H.*, 1935-77 (motifs). — Com., 24 novembre 1966, *D.*, 1967, 65. — *Contra*, T. Com. Bordeaux, 5 septembre 1950, *J.C.P.*, 1950, II, 5859, note M.P.

462. A. Jauffret, *Encycl. Dalloz Dr. Com.*, v° Actes de commerce, n° 442.

463. Escarra, *Principes de droit commercial*, I, p. 173, note 2. — R. Saint-Alary, *J. Cl. Com.*, art. 632, n° 459.

464. Req., 31 janvier 1872, *D.P.*, 1872, I, 252 précité. — Besançon, 16 mars 1936, *D.H.*, 1936, 259.

465. Req., 27 juin 1888, *D.P.*, 1889, I, 115 ; *S.*, 1888, I, 432. — Lyon, 27 juin 1931, *D.H.*, 1931, 531. — Nancy, 6 novembre 1934, *D.H.*, 1935, 77 précité. — Req., 17 décembre 1934, *S.*, 1936, I, 287. — Lyon, 14 février 1956, *D.*, 1957, 166, note F. Goré précité.

466. R. Saint-Alary, *loc. cit.*, n° 461.

467. L. Duchange, thèse, p. 259 s.

de tirer du rapport d'accessoire à principal unissant une obligation à un acte de commerce déterminé. A cet égard, il est important de relever que la caution était personnellement intéressée à l'opération. Non que ce trait suffise à lui seul à déclencher l'application du droit commercial⁴⁶⁸. En effet il faut d'abord que l'obligation principale, la dette garantie, soit commerciale. Mais il est nécessaire de renverser la présomption qui veut que le cautionnement soit un acte de bienfaisance. Lorsqu'il est démontré que cet obstacle au jeu de la règle de l'accessoire n'est qu'apparent, rien ne s'oppose plus à ce que l'on tire toutes les conséquences du rapport d'accessoire à principal.

On retrouve bien là une forme d'application de la règle de l'accessoire qui nous est connue.

La maxime *accessorium sequitur principale* explique à la fois *pourquoi* il est souhaitable que l'accessoire subisse l'influence du principal et *comment* cet objectif peut être atteint. Elle apparaît comme le fondement de la théorie des « actes de commerce objectifs accessoires ».

Mais on peut douter qu'il en aille de même en ce qui concerne l'autre catégorie d'actes de commerce par accessoire, de loin la plus fréquemment utilisée, celle des « actes de commerce subjectifs ».

b) Les actes de commerce subjectifs.

310. — La théorie des actes de commerce par accessoire est avant tout le système élaboré à partir des articles 631 et 632 du Code de commerce. Selon ces textes, « les tribunaux de commerce connaîtront : 1° des contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers... » et « la loi répute actes de commerce... toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers... ».

Sous couleur d'interprétation de ces dispositions, la jurisprudence a édifié une construction sur l'explication de laquelle l'accord

468. C'est pourtant ce que semble admettre l'arrêt précité de la Cour de Lyon du 14 février 1956 (*D.*, 1957, 166) : « Attendu que cette société anonyme des Etablissements Nuroc était en fait entre les mains des époux Nuroc... qu'ainsi en accordant leur caution dans le but de maintenir les relations indispensables avec la banque, les époux Nuroc ont agi dans leur propre intérêt confondu avec celui de la société sous le nom de laquelle ils exerçaient leur activité que dans ces conditions le caractère commercial du cautionnement ne saurait faire de doute... » La formule est tout au moins elliptique, et, à juste titre critiquée par M. F. Goré commentant l'arrêt : « La recherche d'un avantage personnel ne saurait suffire à déterminer le caractère commercial d'un acte. » Si le cautionnement était commercial, c'est parce qu'il était l'accessoire d'une dette commerciale. Il était important de montrer que la sûreté n'avait pas été accordée dans une intention désintéressée. Il aurait été plus clair d'exprimer le raisonnement complet.

est loin de régner, mais que l'on peut considérer aujourd'hui comme fixée dans ses grandes lignes. Les actes qui seraient civils par leur nature deviennent actes de commerce lorsqu'ils sont faits par un commerçant pour les besoins de son commerce.

Immédiatement apparaissent des anomalies par rapport aux traits habituels que nous avons rencontrés dans la maxime *accessorium sequitur principale*.

Tout d'abord la qualité de l'auteur de l'acte joue un rôle essentiel. Il ne peut en être autrement eu égard aux textes du Code de commerce. Or, on ne peut découvrir là le moindre rapport d'accessoire à principal. Dire qu'un acte est l'accessoire d'une personne n'a pas de sens. Sans doute, les parties à un contrat agissent-elles dans leur intérêt. En ce sens, on pourrait dire que l'acte est affecté au service de son auteur.

Mais, pour qu'une relation d'accessoire à principal dérive d'un rapport d'affectation, il faut que le principal apparaisse comme le but immédiat de l'accessoire qui ne peut atteindre sa fin extrême que médiatement au travers du service du principal. Tel n'est évidemment pas le cas ici, le service de la personne étant précisément le but suprême de l'acte accessoire.

C'est déjà une première raison de douter que la maxime *accessorium sequitur principale* puisse être le fondement de la théorie. D'autant plus que cette influence de la qualité de la personne sur la nature de l'acte est le seul point relevé par le code et qu'à lire les textes tout le système reposerait sur cette unique base. Il est vrai que l'article 638 alinéa 1 précise que « ne seront point de la compétence des tribunaux de commerce les actions intentées... contre un commerçant, pour paiement de denrées et marchandises achetées pour son usage particulier ». Aussi, doctrine et jurisprudence considèrent-elles unanimement que, d'une façon générale, pour devenir commercial, l'acte civil accompli par le commerçant doit avoir été fait en vue du négoce de son auteur⁴⁶⁹.

Ici on peut sans doute parler de rapport d'accessoire à principal. Mais ce rapport est assurément très particulier : il unit un acte à une activité, c'est-à-dire à *un ensemble* d'actes. Nul doute que cette relation entre deux termes qui ne sont pas homogènes suscite des difficultés nouvelles si l'on entend en tirer l'application de la règle de l'accessoire. Du moins n'y a-t-il pas *a priori* d'impossibilité logique à admettre qu'un acte soit accessoire d'une profession lorsqu'il est destiné à la servir.

469. Lyon-Caen et Renault, I, n° 167. — Lacour et Bouteron, I, n° 164. — Escarra, n° 127. — Hamel et Lagarde, I, n° 175. — Ripert et Roblot, I, n° 306. — Jauffret, *Encycl. Dalloz Dr. Com.*, v° Actes de commerce, n° 410 s. — L. Duchange, thèse, p. 21. — E. Blais, *De l'influence de la profession sur le caractère civil ou commercial des actes juridiques*, thèse, Poitiers, 1924, p. 22 s. — Cl. Giverdon, « Le droit commercial, droit des commerçants ; le critère de la profession commerciale », *J.C.P.*, 1949, I, 770. — V. les références citées par ces auteurs.

Mais admettre un tel rapport d'accessoire à principal fait-il de la maxime *accessorium sequitur principale* le fondement de la théorie qui rend commerciaux les actes accessoires du commerce ?

Si c'était le cas, la référence à la qualité de commerçant de l'auteur de l'acte ne se comprendrait pas : il devrait suffire qu'un acte fût destiné aux besoins d'un commerce quelconque pour que l'accessoire subisse l'influence du principal⁴⁷⁰. D'où vient cette limitation étrangère au rapport d'accessoire à principal ? Dira-t-on qu'elle est imposée arbitrairement par le Code de commerce ? Ce serait considérer que la théorie des actes de commerce par accessoire s'est développée *malgré* la loi, alors qu'elle a toujours été présentée soit comme une simple application des textes⁴⁷¹ soit comme leur interprétation.

Surtout, on ne voit pas par quel raisonnement la maxime *accessorium sequitur principale* pourrait justifier la théorie. Le rapport d'accessoire à principal unissant un acte à un autre acte déterminé est précis. Il y a un intérêt évident à soumettre aux mêmes règles et notamment à la même compétence deux actes qui s'expliquent l'un l'autre. L'accessoire ne se comprend qu'en fonction du principal. L'acte principal est soumis à un régime détaillé dont le fonctionnement se répercute nécessairement sur l'accessoire. Lorsqu'on dit qu'est un rapport d'accessoire à principal la relation unissant un acte avec une profession, ce lien est extrêmement vague. Quel est le principal ? Un ensemble *indéterminé* d'actes dont la réunion fait naître l'idée d'activité professionnelle, mais dont aucun n'a par lui-même de rapport direct avec l'accessoire. Sans doute est-il intéressant de savoir qu'un acte a été fait en vue du commerce, lorsqu'il s'agit de l'apprécier. Mais cela dit, on ne peut guère aller plus loin. Quel est en effet le régime du principal qui pourrait avoir des incidences sur l'accessoire ? Il y a bien, en un certain sens un régime « du commerce ». C'est l'application du droit commercial aux divers actes qui constituent la profession commerciale. Mais ce dénominateur commun ne constitue pas un régime de l'activité globale, en la soumettant, en tant que telle, à des règles précises. Chacun des actes inclus dans l'ensemble est soumis à des dispositions particulières édictées par le droit commercial. Pour être commercial, le régime de ces actes n'en est pas moins diversifié. Or, ce n'est aucun acte précis qui joue ici le rôle de principal, mais leur ensemble. On ne voit pas en quoi l'accessoire devrait suivre le sort du principal et à cette fin lui emprunter ses caractères puisque ce principal n'a pas, à proprement parler, de régime juridique précis.

« Cela reconnu, si, conformément à la théorie de l'accessoire⁴⁷², nous décidons que l'acte accessoire à une exploitation commerciale

470. Cf. L. Duchange, thèse, p. 102.

471. L. Duchange, thèse, p. 104 s.

472. Entendue au sens de « théorie des actes de commerce par accessoire ».

est lui-même commercial, est-ce en vertu de ce principe que l'accessoire ne doit pas être séparé du principal ? Est-ce en vertu de l'adage *accessorium sequitur principale* entendu au sens strict ? Evidemment non. Si on prétendait, en effet, que l'acte accessoire à une exploitation commerciale reste civil, on ne prétendrait pas pour cela séparer cet acte de l'exploitation. L'acte traité comme civil ne cesserait pas pour cela d'être utile à l'entreprise ou de s'y rattacher ; il ne serait pas pour cela un moyen dissocié de sa fin ou une conséquence arrachée à son principe, il ne serait pas privé de son soutien ⁴⁷³... »

Il est parfaitement possible de comprendre l'acte isolé, d'autant plus que la vision globale du principal mouvant et multiforme est pratiquement impossible.

Il ne reste que l'idée générale et vague que la commercialité du principal exerce une attraction sur l'accessoire. C'est très insuffisant pour faire de la maxime *accessorium sequitur principale* le fondement du système.

311. — Pour qu'un acte civil devienne commercial parce que fait par un commerçant pour les besoins de son commerce, il faut que la décision vienne d'ailleurs.

En réalité, sans les articles 631-10 et 632 du Code de commerce, jamais la théorie des actes de commerce par accessoire n'aurait pu voir le jour. Le véritable fondement de cette théorie est une *option prise par le législateur* qui a décidé de soumettre au droit commercial non seulement une série d'actes qu'il a énumérés, mais ceux qui se rattachent à l'activité commerciale de leur auteur, créant ainsi une catégorie distincte d'actes de commerce.

L'explication serait courte si elle se limitait à une exégèse des textes ⁴⁷⁴. Mais on peut lui trouver des assises plus convaincantes. Si l'on néglige les nuances de certains systèmes mixtes, deux justifications différentes s'offrent à rendre compte de la solution :

— Le droit commercial peut être un droit des actes de commerce ; il peut être un droit de commerçants. La qualité de commerçant ne couvre pas toute la vie d'un individu. Elle n'a trait qu'à sa vie professionnelle. Une conception subjective du droit commercial conduit à lui soumettre *les professions commerciales*. Or « toute personne qui exerce une profession doit accomplir pour cet exercice un certain nombre d'actes juridiques... La nature et l'objet de ces actes suffisent le plus souvent à révéler leur caractère professionnel... Exceptionnellement, le caractère de l'acte est douteux, par exemple, si un commerçant contracte un emprunt... il faut alors rechercher d'après la destination des fonds empruntés si l'acte se rapporte ou non à l'exercice du commerce ⁴⁷⁵ ». Dans cette optique,

473. L. Duchange, thèse, p. 102.

474. C'est celle qu'admet L. Duchange ; thèse, p. 104 s.

475. Ripert, Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, I,

il est tout à fait logique de déclarer commerciaux les actes faits par un commerçant pour les besoins de son commerce.

— Une doctrine plus objective propose de fonder la théorie des actes de commerce par accessoire sur la notion d'*entreprise commerciale*. M. Saint-Alary définit l'entreprise, au sens économique, par « la réunion de moyens de production, au risque de l'entrepreneur, dans le but de produire d'une manière continue ⁴⁷⁶ ». Une telle entreprise devient commerciale « si l'entrepreneur s'interpose dans le travail de ceux qu'il emploie et spéculé sur ce travail ⁴⁷⁷ ». L'entreprise « pour vivre a besoin que certains actes soient accomplis ⁴⁷⁸ ». Le Code de commerce énumère aux alinéas 3 et 4 de l'article 632 des actes de commerce qui se rattachent à la notion d'entreprise commerciale. Quant, à partir de l'alinéa 7 du même texte, la jurisprudence répute commerciaux les actes accomplis par un commerçant pour les besoins de son commerce, ce sont encore des actes qui se relient à une entreprise commerciale qui sont visés. Si le droit commercial s'applique à l'entreprise « on s'explique fort bien que l'entreprise commerciale puisse imprimer la marque du commerce à tous les actes accomplis pour sa gestion ⁴⁷⁹ » et ce, « quelle que soit leur nature intime ⁴⁸⁰ ».

On peut certes douter que ces systèmes donnent une vue globale de la théorie générale des actes de commerce : il n'est pas certain que le caractère de tous les actes de commerce par nature énumérés par le Code puisse se justifier par ces constructions. Du moins l'une ou l'autre de ces explications propose un fondement rationnel à la théorie des actes de commerce par accessoire, ce que ne pouvait faire la maxime *accessorium sequitur principale*. Ce n'est pas parce qu'un acte est accessoire d'un ensemble d'actes de commerce qu'il doit lui-même devenir commercial. Qu'il se rattache à une activité commerciale n'a aucune portée *tant que l'on n'a pas décidé de soumettre entièrement cette activité, en tant que telle, au droit commercial*. Il faut, pour justifier la théorie, poser ce postulat, qu'on le rattache à l'idée de profession ou à celle d'entreprise. C'est bien là une option à laquelle notre maxime est étrangère.

n° 306. Dans le même sens, H. Rousseau, « Commerçants et actes de commerce en droit français », *Mélanges Wieland*, 1934, p. 310 s. — Cl. Giverdon, article précité, *J.C.P.*, 1949, I, 770.

476. R. Saint-Alary, *J. Cl. Com.*, art. 632, n°s 429 s.

477. R. Saint-Alary, « Le caractère civil ou commercial des entreprises travaillant sur les œuvres de l'esprit », *J.C.P.*, 1946, I, 493, n° 18. On retrouverait là les caractéristiques traditionnelles du commerce : « Dans l'entreprise, en effet, le critère de la commercialité ne tient plus à une circulation du produit sur lequel s'exerce l'activité de l'entrepreneur, elle tient à une circulation exercée sur le travail. » (*Ibid.*, n° 21.) Comme il y a aussi spéculation sur le travail, « par le fait même, on assiste, dans la notion d'entreprise, à une conjonction des idées de circulation et de spéculation » (*ibid.*).

478. R. Saint-Alary, *J. Cl. Com.*, art. 632, n° 431.

479. *Ibid.*

480. *Ibid.*

Force est de constater que l'adage *accessorium sequitur principale* ne peut, de lui-même, expliquer *pourquoi* l'acte d'un commerçant se rattachant à son négoce, doit être commercial.

Cela ne signifie pas que la règle de l'accessoire doive nécessairement être écartée quand il s'agit de savoir *comment* est atteint le résultat recherché. Si elle n'est pas le fondement de la théorie des actes de commerce par accessoire « subjectifs »⁴⁸¹, elle constitue un procédé technique efficace pour la mise en œuvre de cette conception large du domaine du droit commercial.

B. — La maxime *accessorium sequitur principale* et l'aménagement technique de la théorie des actes de commerce par accessoire

312. — Il est inutile de revenir sur le fonctionnement de la règle de l'accessoire dans les « actes de commerce objectifs accessoires », qui, on l'a déjà vu, ne présente pas d'originalité particulière. C'est sous le seul aspect de la création des « actes de commerce subjectifs » que nous envisagerons désormais la théorie des actes de commerce par accessoire.

Pourquoi donc employer cette dénomination pour désigner cette théorie, si la maxime *accessorium sequitur principale* n'en est pas le fondement ? Il est, pour le moins, assez peu élégant d'écarter radicalement tout recours à notre maxime et, en même temps, de rechercher à quelles conditions un engagement « est l'accessoire d'une exploitation commerciale »⁴⁸² et de résumer la théorie en une formule destinée à mettre l'accent sur « la relation d'accessoire à principal »⁴⁸³.

Pour être rationnel, il faut, si l'on entend éliminer totalement la règle de l'accessoire renoncer à tirer des conséquences d'un rapport d'accessoire à principal. C'est ainsi qu'il est dans la logique d'une conception subjective du droit commercial de « commencer par étudier les actes faits par des commerçants dans l'exercice de leur commerce » en considérant que « ce sont ceux-là qui sont des actes de commerce et ils ne le sont nullement par accessoire », sauf à observer, car on ne peut ignorer les textes, « qu'à titre exceptionnel un acte peut être acte de commerce s'il est passé entre des non-commerçants, lorsque sa nature est telle que l'une des parties est fondée à croire qu'il y a exercice d'un commerce »⁴⁸⁴. Alors le système est cohérent. Il n'est plus question de théorie de l'accessoire. Non pas pour la raison que « les actes dits accessoires sont juste-

481. Nous n'entendons pas par cette expression prendre parti en faveur d'une des doctrines que nous venons d'exposer, mais seulement opposer les actes qui sont commerciaux parce que faits par un commerçant pour les besoins de son commerce aux actes qui deviennent commerciaux parce qu'ils sont accessoires d'un acte de commerce déterminé.

482. L. Duchange, thèse, p. 106 s.

483. *Ibid.*, p. 143.

484. Ripert-Roblot, I, n° 305.

ment les actes principaux de la profession⁴⁸⁵ » : C'est là une référence à une distinction des notions d'accessoire et de principal fondée sur leur importance respective, méthode qui doit être écartée. Mais le terme « accessoire » se trouve logiquement éliminé simplement parce qu'il n'y a pas de rapport d'accessoire à principal entre un acte et son auteur et que, dans cette doctrine, la commercialité dérive de la qualité de la personne. N'étant nullement fait appel à la notion d'accessoire, il est normal de rejeter l'expression même d'actes de commerce par accessoire.

Malheureusement, quoique l'on puisse penser *de lege ferenda* de cette attitude⁴⁸⁶, il faut bien admettre « qu'elle n'est pas conforme à l'esprit du Code de commerce⁴⁸⁷ » qui procède à une énumération des actes de commerce objectifs à la fin de laquelle seulement apparaît la commercialité subjective. La définition du commerçant donnée par l'article 1 du Code de commerce est établie à partir des actes de commerce. Surtout, faire dériver la nature des actes de la qualité de leur auteur conduit beaucoup trop loin. La jurisprudence a limité la commercialité aux actes faits en vue du commerce. N'est-ce pas tenir compte de la destination qui était invoquée pour fonder un rapport d'accessoire à principal ?

Mais il faut s'entendre à la fois sur les termes d'un tel rapport et sur les conséquences que l'on en tire.

313. — Il est sans doute assez vain de rechercher aujourd'hui quelle était l'intention des rédacteurs du Code de commerce⁴⁸⁸ pour expliquer une théorie qui doit ses traits essentiels à la jurisprudence. C'est pourtant au Code qu'il faut remonter si l'on veut reconstituer le mécanisme qui est actuellement notre droit positif.

On sait que c'est à propos de la question pratique de la compétence des juges consulaires que fut discutée la délimitation du domaine du droit commercial. A cet égard, deux doctrines étaient connues de l'Ancien droit : celle de la compétence personnelle, qui l'emportait en pratique, et celle de la compétence réelle⁴⁸⁹. Lors de la discussion du Code de Commerce, les deux systèmes avaient leurs partisans. Un projet déterminant la compétence des tribunaux de commerce uniquement d'après les faits qui donnaient lieu au litige fut soumis aux Cours, Tribunaux et Chambres de Commerce. Certains de ces organes approuvèrent le projet, tandis que d'autres le combattirent en défendant le système de la compétence personnelle⁴⁹⁰. Les textes issus de cette discussion paraissent bien réaliser

485. *Ibid.*, n° 304.

486. Cf. les critiques de Hamel et Lagarde, I, n° 143.

487. R. Saint-Alary, *J. Cl. Com.*, art. 632, n° 424.

488. L'accord ne règne d'ailleurs pas à cet égard. Cf. A. Jauffret, *Encycl. Dalloz Dr. Com.*, v° Actes de commerce, n° 7.

489. L. Duchange, thèse, p. 30. Sur l'ordonnance de 1673 cf. E. Blais, thèse, p. 9 s.

490. Cf. E. Blais, thèse, p. 12 s.

un compromis entre les deux tendances, puisqu'à une liste d'actes de commerce ainsi définis en raison de leurs caractéristiques propres, s'ajoutent « les obligations entre négociants, marchands et banquiers ». Il est probable que les rédacteurs du Code ont ainsi entendu consacrer à la fois la compétence réelle et la compétence personnelle⁴⁹¹. On remarquera en tout cas qu'il n'était nullement question de la théorie de l'accessoire.

Mais, admettrait-on que le Code ait posé de tels principes, il faudrait pouvoir les appliquer. Comment mettre en œuvre cette compétence personnelle ?

Dire que les actes de commerce sont ceux qu'accomplit un commerçant et qu'est commerçant, celui qui accomplit des actes de commerce est s'enfermer dans un cercle vicieux, dont on ne peut sortir qu'en définissant de l'extérieur soit le commerçant, soit l'acte de commerce.

Or, les textes ne donnent pas une liste des commerçants analogue à la liste des actes de commerce. Bien au contraire, les commerçants sont définis à l'article 1 du Code comme « ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle⁴⁹² ».

D'autre part, sous peine de donner au domaine du droit commercial une extension démesurée, il faut, quoi que l'article 632 ne précise pas ce point, limiter la commercialité aux actes faits en vue du négoce.

Si bien que l'on se trouve toujours ramené à l'idée d'activité, de profession commerciale, laquelle consiste, d'après le Code lui-même, en une répétition d'actes de commerce.

La construction repose nécessairement sur la base des actes de commerce énumérés par les textes. Il ne peut en être autrement puisque la liste de ces actes est le seul point ferme à partir duquel peut fonctionner le système de renvois de la qualité de commerçant aux actes adopté par le Code. C'est ce qu'exprime une formule de Thaller fréquemment citée : « la commercialité part de l'acte, frappe la personne ; puis, en vertu d'un choc en retour, elle retombe sur les actes afin d'en saisir un plus grand nombre⁴⁹³ ».

Cette expression traduit de façon heureuse les textes du Code mais elle n'explique strictement rien. Des deux choses l'une en effet : ou bien la commercialité reste purement objective et elle ne peut retomber sur d'autres actes que ceux qui sont énumérés par le texte⁴⁹⁴, ou bien on adopte une conception subjective et, une fois

491. Le conseiller d'Etat Maret, en présentant au Corps législatif le livre IV du Code de commerce disait : « La compétence des tribunaux de commerce a dû être déterminée soit par la nature de l'acte sur lequel il y aura contestation, soit par la qualité de la personne » (cité par L. Duchange, thèse, p. 52).

492. « La qualité de commerçant ne peut être établie que dans les termes de l'art. 1 du Code de commerce » (1^{re} Civ., 31 janvier 1966, *J.C.P.*, 1966, IV, éd. G., p. 37).

493. Thaller et Percerou, *Traité de droit commercial*, n° 60.

494. La portée des articles 631-1° et 632 serait alors réduite à une

établie à partir des actes la qualité de commerçant, *tous* les actes de ce commerçant doivent être soumis au droit commercial sans tenir compte de leur destination. On s'aperçoit donc que la commercialité des actes accomplis par un commerçant pour les besoins de sa profession ne peut être techniquement assurée par le jeu de ricochet résultant de la combinaison des articles 1, 631 et 632 du Code de Commerce. Mais c'est là que peut intervenir la maxime *accessorium sequitur principale*.

314. — Des textes se dégagent l'idée que le droit commercial s'applique non seulement à certains actes énumérés par la loi, mais à l'activité commerciale dans son ensemble. Toute la difficulté consiste à préciser cette notion d'activité ou de profession commerciale.

La base du système est l'article 1^{er} du Code de commerce. La profession commerciale y est caractérisée par l'exercice habituel d'actes de commerce, actes de commerce par nature évidemment⁴⁹⁵. C'est là une conception très étroite de la profession, utile sans doute pour définir le commerçant mais non pour élargir le domaine du droit commercial.

Il n'est pas douteux qu'il existe une notion plus large de la profession commerciale, qui ne se réduit pas à une série d'actes de commerce, tels qu'énumérés par le Code. L'homme de la rue sait approximativement ce qu'est l'activité de son épicier, et il n'hésite pas à y ranger l'achat d'une caisse enregistreuse, bien que cet achat, isolé, ne soit pas inclus dans la liste des actes de commerce par nature...

Or, la profession commerciale envisagée dans ce sens large n'est nulle part définie. Sans doute la notion recouvre-t-elle un ensemble d'actes. Comment préciser cette donnée si vague ?

Supposons un instant que la notion d'activité professionnelle soit clairement délimitée, de façon à former une catégorie aux contours nettement définis. Puisque nous admettons que le droit commercial s'applique aux professions commerciales, en présence de l'activité d'une personne, se pose la question de qualification. Cette profession est-elle commerciale ? Il faut procéder à l'analyse des éléments constitutifs de l'activité considérée. S'agissant par exemple de l'activité d'un épicier, nous verrons des achats de denrées à des grossistes en vue de la revente au public... De tels actes sont, d'après le Code, caractéristiques du commerce. Et puis, nous trouvons d'autres actes qui, par hypothèse, font partie de l'activité professionnelle, mais ne conduisent pas à la qualification commer-

simple présomption de commercialité pour les actes accomplis par les commerçants. (En ce sens, A. Desjardins, *Rev. crit.*, 1864, p. 216 s.) Cette solution n'a guère eu de succès (cf. la critique de L. Duchange, thèse, p. 40 s.).

495. Sinon, on se condamne à retomber dans le cercle vicieux que nous dénoncions précédemment (rapp. L. Duchange, thèse, p. 54).

ciale, tel l'achat de la caisse enregistreuse dont nous avons parlé. Faudra-t-il décider que la profession est mixte parce qu'elle comporte des éléments non commerciaux ? Nullement dans notre exemple. L'achat de l'appareil enregistreur n'est pas caractéristique d'une profession civile. En réalité, il a été accompli en vue de faciliter les opérations d'achat et revente de denrées. On s'aperçoit que si la structure de cet acte semble conduire à la qualification d'activité civile, son but l'empêche d'atteindre cette catégorie. Il est ainsi un certain nombre d'actes qui, faute d'un but propre correspondant à leur nature, sont *neutres* au regard du caractère commercial ou civil de la *profession*. Ce sont des éléments accessoires. La qualification de l'activité dans son ensemble sera donc déterminée d'après les seuls éléments principaux, c'est-à-dire ici les actes de commerce « par nature ». Cette qualification permet alors de déterminer le régime applicable à l'ensemble. L'activité professionnelle d'une personne ayant été reconnue commerciale, c'est le droit commercial qui la régira toute entière. Et ainsi les actes accessoires subiront-ils indirectement l'influence des actes principaux.

On reconnaît là le schéma que nous avons décrit en examinant le jeu de la maxime *accessorium sequitur principale* dans les qualifications⁴⁹⁶. On retrouve aussi un système de ricochet voisin de celui qu'exposait Thaller, avec toutefois deux sérieuses différences : 1° Nous supposons au départ qu'il s'agit d'actes inclus dans une même activité professionnelle, ce qui laisse en dehors tous les actes sans rapport avec la profession. 2° Le système reste strictement objectif. Sans doute tous les actes doivent-ils intéresser le même sujet puisqu'il s'agit de la profession d'une personne. Mais ce n'est pas la qualité de cette personnes qui vient s'insérer dans les relations entre les actes. Seule la qualification de l'ensemble des actes explique l'influence indirecte du principal sur l'accessoire.

315. — Seulement, cette analyse est purement théorique. Nous avons raisonné comme si la notion de profession pouvait donner lieu à une catégorie aussi précise et stable qu'un contrat nommé. Or, ce n'est évidemment pas le cas en droit positif et il est fort douteux que l'on y parvienne jamais. Comment définir d'une façon immuable une activité ? Il s'agit sans doute d'un ensemble d'actes, mais cet ensemble est vague, complexe, multiforme. Les conséquences d'actes passés, les perspectives d'actes à venir se mêlent à la situation présente. Comment faire de cet amalgame un bloc indivisible ? Là est l'obstacle majeur au jeu de la maxime *accessorium sequitur principale* traduisant l'influence indirecte du principal sur l'accessoire par le mécanisme des qualifications. Cet aspect de la règle ne peut fonctionner, nous l'avons vu, qu'en présence d'un

496. *Supra*, n° 161.

ensemble cohérent dont les éléments sont unis par un lien d'indivisibilité. Ce ne peut être le cas des différents actes susceptibles d'être regroupés sous le vocable d'activité professionnelle. Faute d'une catégorie suffisamment rigide, la règle de l'accessoire ne devrait pas s'appliquer.

La solution consiste précisément à la faire intervenir à titre de procédé technique, bien que les conditions normales susceptibles de la déclencher ne soient pas réunies. Les actes accessoires sont soumis à l'influence des actes de commerce principaux, *comme si* le cadre de l'activité professionnelle était strictement délimité. Evidemment, cette influence ne peut s'exercer indirectement par le jeu des qualifications. C'est *directement* que l'accessoire emprunte au principal son caractère commercial. On aboutit ainsi à un *résultat pratique* analogue à celui qui serait obtenu si l'on pouvait saisir avec assez de précision la notion de profession commerciale ⁴⁹⁷.

497. On peut, à ce propos, esquisser un rapprochement avec le système de l'emprunt de criminalité dans la complicité. « Métaphysiquement, l'emprunt de pénalité se relie probablement à de très vieux mécanismes mentaux. La « mentalité primitive » a du admettre sans effort qu'un individu pût revêtir la peine d'autrui parce qu'il en assumait la faute... Il est une loi psychologique qui gouverne les représentations collectives dans les sociétés prélogiques, la loi de participation... » (J. Carbonnier, « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'art. 59 du Code pénal », *J.C.P.*, 1952, I, 1034). Cette conception n'est sans doute pas totalement étrangère au système actuel. « Le complice, en s'associant à l'acte d'autrui l'a fait sien et en a accepté toutes les conséquences juridiques » (A. Chavanne, *Encycl. Dalloz, droit criminel*, v° complicité n° 7). Mais « on emprunte des choses, non des états d'âme » (B. Starck, « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », *J.C.P.*, 1954, I, 1180. Le Code pénal, d'ailleurs, vise plus les infractions que les délinquants et le système paraît plus objectif : c'est à leurs actes que l'on reconnaît les coupables. Or, le complice accomplit un acte qui, envisagé isolément, n'est pas répréhensible. Seulement, cet acte sert à la commission d'un délit. Il y a un rapport d'accessoire à principal entre le geste du complice et celui de l'auteur principal. S'il était possible de définir avec précision les limites d'une entreprise criminelle et qu'à l'intérieur de cet ensemble on découvre l'acte principal et l'acte accessoire du complice, on s'apercevrait que, pour la qualification de cet ensemble, l'acte du complice, en lui-même, n'est d'aucun secours et que, seul, l'acte accompli par l'auteur principal éclaire le tout. L'emprunt de pénalité du complice serait dès lors un effet logique de la maxime *accessorium sequitur principale* : les conséquences de la qualification unique de l'ensemble s'étendraient à chacune des parties constituant cet ensemble. Mais ceci suppose que l'on puisse délimiter avec précision cet « ensemble » unique. Ce n'est manifestement pas le cas et l'enchevêtrement des causes de toute activité humaine est tel qu'il ne paraît pas possible de donner une définition de l'acte criminel plus large que celle qui résulte du Code. Force est bien de considérer que l'acte de l'auteur principal et celui du complice ne forment pas un tout indivisible. Cependant, le geste du complice demeure accessoire. Cela signifie que, pour le comprendre, il faut envisager son support, l'acte de l'auteur du délit. Cela ne signifie pas que l'on doive nécessairement punir comme un voleur le complice d'un vol... Le système de répression adopté en droit français fait pourtant application de la maxime *accessorium*

Dans cette optique, il est possible de reconstituer le mécanisme de la théorie des actes de commerce par accessoire.

Il s'agit de soumettre au droit commercial l'activité professionnelle d'une personne lorsque cette activité est commerciale. C'est un objectif donné *a priori* qui justifie le système et lui donne son impulsion.

Mais la notion de profession commerciale n'est pas définie, les textes ne comportant qu'une référence aux actes de commerce par nature, seulement susceptible de conduire à une notion trop étroite de la profession. Grâce à la maxime *accessorium sequitur principale* on va cependant arriver pratiquement à élargir cette conception étriquée :

— Il faut d'abord reconnaître l'existence d'une activité commerciale au sens étroit qu'en donne l'article 1^{er} du Code de commerce : une série d'actes de commerce par nature. C'est là, en effet, dans le système du Code, le « noyau » central de la notion de profession commerciale.

— Les actes de nature civile accomplis pour les besoins de cette activité deviennent eux-mêmes commerciaux. Sans doute ce rapport d'accessoire à principal est-il relativement imprécis puisque le principal est un ensemble d'actes divers, de nombre indéterminé. Du moins ces actes ont-ils un trait commun, leur nature commerciale, qu'ils transmettent aux actes accessoires. Sans doute encore, la constatation de ce rapport d'accessoire à principal ne devrait-elle pas, en logique, conduire à une telle conséquence. Mais l'application de la maxime *accessorium sequitur principale* est ici imposée à titre de procédé technique, pour atteindre le résultat pratique recherché.

— En pratique en effet, cette méthode aboutit à soumettre au droit commercial individuellement et en ordre dispersé des actes très divers dont la réunion correspond approximativement au contenu de ce que pourrait être une conception large de la profession commerciale.

316. — Ainsi, « la théorie de l'accessoire se présente comme un *instrument* à l'aide duquel on détermine ou même on explique les actes de commerce que semblent fonder les acticles 631-1° et

sequitur principale : le complice encourt les mêmes peines que l'auteur du délit principal. Mais il ne s'agit pas d'une déduction logique. La règle de l'accessoire est ici un procédé technique, d'ailleurs utilisé de façon peut-être trop brutale. (Par exemple, il faut que le principal existe et si la complicité de tentative est punissable, la tentative de complicité ne l'est pas — cf. R. Combaldieu, « le problème de la tentative de complicité ou le hasard, peut-il être arbitre de la répression », *R.S.C.*, 1959, 454 s. ; R. Vouin note sous Crim., 25 juin 1959, *J.C.P.*, 1959, II, 11288 et sous Crim., 25 octobre 1962, *J.C.P.*, 1963, II, 12985 ; P. Bouzat, note sous Crim., 25 octobre 1962, *D.*, 1963, 221. — Au regard de la théorie de l'accessoire, sur le principal futur qui ne se réalise pas, v. *infra*, n° 323.)

632, § 6...⁴⁹⁸ ». Certes, on ne peut dire que cette solution soit exprimée dans les textes. Il n'est d'ailleurs guère discutable que la théorie des actes de commerce par accessoire est née postérieurement au Code de commerce⁴⁹⁹, précisément parce qu'elle est apparue comme un moyen adéquat pour mettre en œuvre les principes qui se dégageaient du Code. Or, quels sont, d'après la jurisprudence, les « actes de commerce subjectifs » ? « Ce sont ceux qui sont tels en raison de la profession commerciale de l'auteur de l'acte⁵⁰⁰. » La commercialité se transmet de la profession à l'acte. Et cette notion de profession ne peut être que celle qu'envisage l'article 1^{er} du Code de commerce : un ensemble d'actes de commerce par nature. On ne comprendrait pas qu'il pût être question d'une conception plus large de la profession dont la définition fait défaut et à la carence de laquelle la théorie des actes de commerce par accessoire a justement pour but d'obvier.

Le système repose donc sur une influence directe exercée par le principal sur l'accessoire. Le caractère commercial passe d'un ensemble d'actes à un acte déterminé, bien plus qu'il ne dérive de la qualité de la personne.

Pourtant le Code de commerce parle bien du commerçant et la jurisprudence ne manque pas d'y faire allusion. Ce n'est pas un obstacle à l'explication technique de la théorie des actes de commerce par accessoire par la maxime *accessorium sequitur principale*. Non seulement on peut observer que les rédacteurs du Code ne pouvaient avoir en vue une théorie qui n'a pris corps que postérieurement à l'élaboration du texte, mais cette référence n'est pas incompatible avec le mécanisme de la règle de l'accessoire :

— D'une part, en effet, le postulat de base qui justifie tous ces efforts est la décision de soumettre au droit commercial l'activité professionnelle *d'une personne* lorsque cette activité est commerciale. Il va de soi que tous les actes englobés dans cette activité entendue largement doivent intéresser la même personne. On peut voir là une preuve supplémentaire que la maxime *accessorium sequitur principale* n'exprime pas ici un phénomène d'attraction de l'acte le « plus fort » sur l'acte « le plus faible ». Elle n'est qu'un procédé technique utilisé afin d'obtenir un résultat pratique. Il est conforme à l'objectif poursuivi que les actes considérés touchent tous un même sujet. C'est là une condition qui résulte des données de base ; elle n'intervient pour rien dans le fonctionnement même de l'emprunt de commercialité par l'acte accessoire.

498. L. Duchange, thèse, p. 34. Cet auteur entend ici « théorie de l'accessoire » au sens de théorie des actes de commerce par accessoire. La formule demeure vraie si l'on désigne par « théorie de l'accessoire » la maxime *accessorium sequitur principale*.

499. Cf. L. Duchange, thèse, p. 64 s. — E. Blais, thèse, p. 19 s.

500. A. Jauffret, *Encycl. Dalloz Dr. Com.*, v^o Actes de commerce, n^o 396.

— D'autre part, le « commerçant » dont il s'agit est celui que vise l'article 1^{er} du Code de commerce. Sa qualité dérive de sa profession, c'est-à-dire, dans le système du Code, d'une série d'actes de commerce. Dire que les actes de commerce par accessoire sont ceux qui ont été faits par un commerçant pour les besoins de sa profession signifie exactement que deviennent commerciaux les actes affectés au service de la profession commerciale au sens étroit considéré par le texte. L'allusion au « commerçant » ne fait que confirmer que la « profession » qui joue le rôle de principal doit bien être entendue comme un ensemble d'actes de commerce « par nature », puisque le renvoi à l'article 1^{er} du Code de commerce est explicite.

En définitive, il apparaît que l'intervention de la maxime *accessorium sequitur principale* comme moyen technique place la théorie des actes de commerce par accessoire sur un plan *objectif*. L'emprunt de commercialité se fait d'un acte à un ensemble d'actes ; il ne dérive pas de la qualité de la personne. La compétence des tribunaux de commerce est entièrement réelle et non personnelle⁵⁰¹.

A dire vrai, on ne voit guère comment il pourrait en être autrement, dès lors que le commerçant n'est défini que par les actes qu'il accomplit. Sans doute serait-il possible d'établir un critère de la qualité de commerçant extérieur aux actes de commerce, sans même exiger des textes une liste des personnes soumises au droit commercial⁵⁰². Mais ces efforts doctrinaux butent toujours sur l'article 1^{er} du Code de commerce.

Quelle qu'ait pu être l'intention des rédacteurs du Code de faire place à l'idée de commercialité subjective, le système qu'ils ont élaboré ne peut fonctionner que sur un plan objectif. C'est une conséquence inéluctable de la façon dont a été abordée la question de la délimitation du domaine du droit commercial⁵⁰³.

En définitive il semble donc que, si la théorie des actes de commerce par accessoire est née afin d'appliquer le droit commercial aux professions commerciales, elle contribue plutôt, en réalité, à faire du droit commercial le droit des entreprises commerciales.

317. — On voit toute l'importance que revêt ici la maxime *accessorium sequitur principale*. Une interprétation stricte du

501. En ce sens, L. Duchange, thèse, p. 51 s.

502. Cf. Cl. Giverdon, *J.C.P.*, 1949, 1, 770.

503. « Le Code qui va régir le commerce, dit l'un des orateurs chargés d'exprimer le vœu des sections du Tribunal, envisagera la masse entière des citoyens devant qui la politique ouvre indirectement toutes les carrières utiles ou glorieuses ; il ne demandera plus aux individus, pour leur indiquer le tribunal qui doit les juger, ce qu'ils sont, mais ce qu'ils font. Quelle que soit la profession qu'on exerce, la condition à laquelle on appartienne, on se classe parmi les négociants dès qu'on achète, qu'on vend et qu'on spéculé comme eux » (cité par M. Cl. Giverdon, *J.C.P.*, 1949, 1, 770).

Code de commerce limiterait son application à la liste succincte des actes de commerce des articles 632 et 633. L'intervention de la règle de l'accessoire, à des titres d'ailleurs différents, permet l'extension du droit commercial dans deux directions :

— Le raisonnement logique que résume l'adage permet de considérer qu'un acte accessoire d'un acte de commerce déterminé est lui-même commercial. Il contribue ainsi à soumettre au droit commercial de véritables « opérations d'affaires ».

— Le procédé technique qu'exprime la maxime *accessorium sequitur principale* fournit un moyen pratique pour tirer parti des dispositions des articles 631-1° et 632, alinéa 7. De la sorte il contribue à faire du droit commercial un droit des professions commerciales, ou, plus exactement peut-être, un droit des entreprises commerciales.

Pour nous, à cette place, ce second aspect de la règle de l'accessoire est le plus intéressant. On voit en effet la maxime *accessorium sequitur principale* intervenir en dehors de son domaine habituel. Son application en cette hypothèse ne se justifie que par des considérations pratiques. Or, ce but est paradoxal : il s'agit en somme d'atteindre, à partir d'un système objectif de détermination du domaine du droit commercial, des résultats analogues à ceux que produirait un système subjectif. Que la règle de l'accessoire y parvienne démontre à la fois la grande souplesse du procédé et le caractère artificiel de son application dans des conditions qui demeurent anormales.

Dès lors, il n'est pas étonnant que l'utilisation de cette méthode ne connaisse pas les bornes que rencontre habituellement la maxime *accessorium sequitur principale* et que de déformation en déformation, la règle de l'accessoire devienne méconnaissable.

§ 2. — L'effacement de la maxime *accessorium sequitur principale* dans la théorie des actes de commerce par accessoire.

La règle de l'accessoire est employée afin de réaliser un pont entre une conception objective et une conception subjective du droit commercial. Ce rôle l'expose à bien des distorsions. De plus, la place assignée à la maxime *accessorium sequitur principale* apparaît fort instable : elle est liée au cadre technique établi par le Code de commerce et cette base est beaucoup plus mouvante qu'il ne paraît au premier abord. La théorie de l'accessoire vise à élargir le domaine du droit commercial. Mais il n'est pas certain que la liste des actes de commerce du Code soit limitative⁵⁰⁴. Si bien que des actes d'abord considérés comme devant leur commercialité à leur caractère accessoire peuvent apparaître à la lon-

504. A. Tunc, note sous Aix, 20 juillet 1943, *D.*, 1946, 232. — R. Saint-Alary, *J. Cl. Com.*, art. 632, nos 11 s. — J. Calais-Auloy, note sous Rouen, 16 janvier 1959, *D.*, 1960, 177.

gue comme ayant en eux-mêmes la nature commerciale. Il y a plus grave : l'utilisation de la maxime *accessorium sequitur principale* se justifie essentiellement en raison du choix effectué par les rédacteurs du Code pour un système objectif. Or, les solutions adoptées par les textes ne sont plus toutes conformes à une telle doctrine. Depuis la loi du 1^{er} août 1893, il existe des sociétés commerciales par leur forme. Les textes définissent donc certains commerçants sans partir des actes qu'ils accomplissent. Dans ces hypothèses, il n'y a plus d'obstacle à admettre une conception subjective du domaine du droit commercial. Il serait illogique de prétendre que la loi imprime le caractère commercial aux sociétés et non pas à leurs actes⁵⁰⁵. C'est alors la qualité de l'auteur de l'acte qui en justifie la commercialité. Il n'est plus besoin d'avoir recours à la règle de l'accessoire. Cette brèche dans le système objectif du Code est certes limitée. Mais on comprend que si la construction légale perd son homogénéité, on admette sans grandes difficultés certaines libertés à l'égard de la conception objective qui n'apparaît plus comme la seule techniquement utilisable.

Toutes ces tendances se mêlent dans l'application jurisprudentielle de la théorie de l'accessoire. Ce qui apparaît au premier abord, c'est une extrême souplesse dans l'emploi de la notion d'accessoire. Puis les déformations du mécanisme sont telles que, très vite, on s'aperçoit que, bien souvent, c'est en fait à une élimination de la règle de l'accessoire qu'aboutissent les tribunaux. Le passage est généralement insensible et il est difficile de déceler précisément le point de rupture. On remarque d'ailleurs que la plupart des solutions acquises se sont d'abord introduites grâce à l'utilisation de la maxime *accessorium sequitur principale* qui joue ainsi, en bien des cas, le rôle d'étape intermédiaire.

Il n'est pas besoin, pour le montrer, de passer en revue les très nombreuses utilisations de la théorie des actes de commerce par accessoire.

Quelques exemples suffiront à faire apparaître l'assouplissement considérable des conditions d'application de la règle de l'accessoire.

La destination commerciale des actes est appréciée fort largement, à tel point que le fonctionnement technique de la maxime *accessorium sequitur principale* est souvent compromis.

Peut-être plus caractéristique encore est la prise en considération de la destination civile de certains actes pour en tirer des conséquences symétriques à la commercialité par accessoire.

Paradoxalement, l'extraordinaire extension de la règle de l'accessoire en cette matière en précipite le déclin.

505. Paris, 16 février 1953, *J.C.P.*, 1953, II, 7852, conclusions Combalieu.

A. — L'assouplissement du rapport d'accessoire à principal dans les actes de commerce par accessoire.

L'extension considérable de la commercialité par accessoire se manifeste par une très grande souplesse aussi bien dans la détermination de l'accessoire que dans celle du principal.

a) L'accessoire.

318. — Du côté de l'accessoire, la jurisprudence s'est montrée remarquablement peu sévère pour établir un lien de dépendance suffisant pour déclencher l'application de la maxime *accessorium sequitur principale*.

On aurait pu exiger de l'acte accessoire qu'il fût *nécessaire* à l'accomplissement des actes de commerce par nature⁵⁰⁶. On aurait pu, en effet, voir dans l'exigence de ce rapport très étroit une garantie contre les débordements difficilement prévisibles de la règle de l'accessoire utilisée hors de ses frontières naturelles.

Les hésitations à ce sujet⁵⁰⁷ n'ont pas duré longtemps. « Il suffit que l'obligation se rattache au commerce et en soit un accessoire pour qu'elle affecte un caractère commercial⁵⁰⁸ ». L'application de la commercialité aux accessoires simplement utiles était d'ailleurs dans la logique de la méthode employée : il ne s'agit pas d'éviter les conséquences néfastes d'une séparation de l'accessoire et du principal, ce qui conduirait à une recherche de la gravité des conséquences d'une telle rupture. La maxime *accessorium sequitur principale* intervient directement sans être enfermée dans des conditions qui justifieraient son application. Elle a vocation à saisir tous les accessoires. Or, « le moyen est l'accessoire de la fin puisqu'il dépend d'elle logiquement ; d'où il suit que le contrat passé en vue de l'exploitation commerciale est accessoire de celle-ci⁵⁰⁹ ». Pour la jurisprudence il suffit donc, pour déclencher l'application du droit commercial de constater « que l'engagement dont l'exécution est poursuivie a eu pour cause et pour but principal les intérêts du

506. S'agissant d'une activité, le sens de l'expression « accessoire nécessaire » doit être précisé. Il n'est en effet pas possible de faire état de la distinction entre l'usage et l'existence qui nous a semblé permettre de distinguer l'accessoire nécessaire de l'élément constitutif du principal (*supra*, n° 32). Un acte est accompli ou il ne l'est pas ; on ne peut parler de son « usage ». La nécessité de l'acte accessoire est ici une question de *causalité*. Sans l'acte accessoire, l'acte principal n'aurait pas été accompli. Mais cela ne suffit pas à faire de l'accessoire le support du principal (*supra*, n° 22). L'acte est nécessaire, mais la cause ayant produit son effet, il peut encore être considéré comme accessoire.

507. Cf. Rouen, 28 novembre 1856, *S.*, 1857, 2, 280 ; *P.*, 1858, 390.

508. Civ., 24 janvier 1865, *S.*, 1865, 1, 53 ; *P.*, 1865, 369, note Em. Moreau ; *D.P.*, 1865, 1, 72.

509. L. Duchange, thèse, p. 108.

commerce⁵¹⁰ ». Cette formule est intéressante car elle tend à faire dépendre de la seule intention de l'auteur de l'acte la relation d'où dérive l'application du droit commercial.

319. — Poursuivre dans cette voie devrait conduire à limiter aux engagements volontaires l'application de la règle de l'accessoire. Or, la jurisprudence considère comme des actes de commerce par accessoire les délits ou quasi-délits commis par un commerçant et se rattachant à l'exercice de son activité commerciale⁵¹¹. Il semble bien alors que « la théorie repose sur le lien réel qui unit l'acte au commerce et non sur l'appréciation subjective de l'auteur de l'acte accessoire touchant les besoins de son entreprise⁵¹² ». En cette matière, on comprend cependant les réticences qu'avaient d'abord manifestées certains auteurs⁵¹³. Ne doit-on pas dire en effet que « la théorie de l'accessoire a été essentiellement élaborée pour rendre commerciaux les actes de nature civile qui sont accomplis pour satisfaire aux besoins de l'entreprise commerciale et non point ceux qui le sont seulement à l'occasion de l'exercice du commerce, surtout si ces actes nuisent à la bonne marche de l'entreprise au lieu de lui profiter⁵¹⁴ » ?

Surtout, on ne voit plus bien comment démontrer le rapport d'accessoire à principal : sans doute, certains délits, telle la concurrence déloyale, paraissent « intimement mêlés à l'activité commerciale⁵¹⁵ ». Mais, même dans ce cas, si le fait a bien été commis en vue du commerce, l'obligation de réparation qui en découle n'est nullement destinée au service de l'exploitation⁵¹⁶. Et, de toutes façons, la jurisprudence ne fait aucune distinction selon les affinités plus ou moins grandes avec l'activité commerciale des différents faits générateurs d'obligations, appliquant la règle de l'accessoire aussi bien aux quasi-délits qu'aux délits.

Il n'est guère convaincant de dire : « Sans doute, le quasi-délit n'a jamais par lui-même une destination commerciale ; qu'importe, s'il peut cependant se rattacher par un lien véritable à une entre-

510. Req. 28 janvier 1878, *S.*, 1879, 1, 299 et *P.*, 1879, 737, note J.E. Labbé ; *D.P.*, 1878, I, 461.

511. Sur la formation de cette jurisprudence, cf. E. Blais, thèse, p. 22 s. La résistance de certains tribunaux s'est ici prolongée longtemps ; cf. les références citées par A. Jauffret, *Encycl. Dalloz Dr. Com.*, v° Actes de commerce, n° 457.

512. R. Saint-Alary, *J. Cl. Com.*, art. 632, n° 487. — Cl. Giverdon, « Les délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce », *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1953, p. 859.

513. Pardessus, *Cours de Droit commercial*, I, n° 53. — Orillard, *De la compétence et de la procédure des tribunaux de commerce*, n° 184. — Appert, thèse, p. 314 s.

514. R. Saint-Alary, *loc. cit.*, n° 486.

515. A. Jauffret, *Encycl. Dalloz, Dr. Com.*, v° Actes de commerce, n° 458. — Cl. Giverdon, article précité, *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1953, p. 855 s. — Cf. *Com.*, 7 avril 1967, *D.*, 1968, 61, note Calais-Auloy.

516. Comp. L. Duchange, thèse, p. 110.

prise⁵¹⁷ ». Pour appliquer la théorie de l'accessoire, il faudrait que ce lien constituât un rapport d'accessoire à principal. Or, ce rapport est, en cette hypothèse, singulièrement lointain : il faut admettre qu'il existe une activité complexe, par exemple faire circuler des véhicules, qui s'exerce au service du commerce et que cette activité, commerciale par accessoire, est composée d'actes divers qui deviennent commerciaux. On retombe dans la difficulté à laquelle on se heurte lorsqu'on tente de délimiter précisément la notion d'activité. Une telle analyse est tout à fait artificielle.

En réalité, la théorie des actes de commerce par accessoire semble n'être ici qu'une façade. Plus ou moins consciemment, les tribunaux ont admis un certain particularisme de la responsabilité lorsqu'elle se manifeste dans la vie des affaires et c'est ce qu'ils ont tant bien que mal traduit par l'application extensive de la règle de l'accessoire. Le résultat n'est pas très heureux. Aussi a-t-il été proposé de reconnaître ouvertement le caractère commercial attaché objectivement à certaines infractions spécifiquement économiques. « L'explication traditionnelle tirée de l'application de la théorie de l'accessoire n'est ni utile ni rationnelle. Mieux vaut l'abandonner pour s'attacher au vaste courant d'idées d'où est sortie une construction spécialement adaptée à cette vie des affaires que le Droit commercial a pour mission de régir⁵¹⁸... ». L'élaboration de la catégorie des délits économiques propres aux rapports d'affaires devrait donc aboutir à l'élimination de la maxime *accessorium sequitur principale* de ce domaine à plus ou moins longue échéance. Une fois le terrain conquis, on peut songer à un aménagement plus rationnel de la situation.

Si la règle de l'accessoire se révèle un instrument efficace pour l'extension du domaine du Droit commercial, c'est dans une large mesure en raison de l'extrême facilité avec laquelle les tribunaux admettent la preuve du rapport d'accessoire à principal. Généralisant la solution de l'article 638 alinéa 2 du Code de commerce⁵¹⁹, ils considèrent en effet que tous les actes accomplis par un commerçant sont présumés faits pour les besoins du commerce. Ainsi le rapport d'accessoire à principal, rapport objectif, se présume d'après la qualité de l'auteur de l'acte. Le système se colore de subjectivité.

Ce régime de la preuve du caractère accessoire des actes rend en pratique bien tenue la différence entre les deux conceptions opposées de la délimitation du domaine du droit commercial. En facilitant à l'extrême l'application de la maxime *accessorium sequitur principale*, on arrive à faire produire à la théorie objective des résultats extrêmement voisins de ceux que fournirait une méthode subjective.

517. L. Duchange, thèse, p. 115.

518. Cl. Giverdon, article précité, *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1953, p. 867.

519. « Néanmoins les billets souscrits par un commerçant seront censés faits pour son commerce... »

On pourrait multiplier les exemples. Les quelques traits qui viennent d'être rappelés illustrent déjà largement la conception extrêmement souple de la notion d'accessoire admise par les tribunaux⁵²⁰.

La même tendance se retrouve d'ailleurs du côté du principal.

b) Le principal.

320. — Le rapport d'accessoire à principal relevé dans la théorie des actes de commerce par accessoire a nécessairement quelque chose de vague, puisque le principal est une activité, un ensemble d'actes qui est loin de présenter la consistance et la fermeté qui caractérise ordinairement ce point d'appui de la maxime *accessorium sequitur principale*. Pour constituer « le commerce » il faut au moins une répétition d'actes de commerce par nature. Un acte isolé ne suffirait pas. Mais cette condition laisse encore une grande souplesse à la détermination du « principal ».

Cette souplesse s'est manifestée en particulier quand la jurisprudence a fait application de la maxime *accessorium sequitur principale* en présence d'un principal qui n'existait pas encore ou qui n'existait plus. L'achat ou la vente d'un fonds de commerce en est un exemple typique.

Il n'y aurait apparemment aucune difficulté à faire fonctionner la théorie de l'accessoire lorsqu'un commerçant achète un nouveau fonds de commerce afin d'accroître son exploitation antérieure. Mais beaucoup plus souvent, l'achat d'un fonds de commerce est le fait d'un non-commerçant qui entend entreprendre une activité commerciale qu'il n'exerçait pas auparavant.

Les auteurs qui fondent la commercialité des actes de commerce par accessoire sur la qualité de l'auteur de l'acte ont soutenu que l'achat d'un fonds de commerce par un non-commerçant était le premier acte de sa vie commerciale et qu'il devenait, par là même, commerçant⁵²¹. La faiblesse de ce raisonnement n'a plus à

520. La règle de l'accessoire a cependant rencontré des obstacles en jurisprudence. Tel est notamment le cas en matière immobilière. Les tribunaux ont, semble-t-il, refusé de soumettre à la compétence commerciale l'achat ou la vente d'un immeuble fait par un négociant pour les besoins de son commerce, en raison du particularisme du régime de la propriété foncière qui a paru incompatible avec la souplesse commerciale. Mais il est probable que la résistance rencontrée ici par la règle de l'accessoire ne survivra guère à la loi du 13 juillet 1967 qui a modifié l'art. 632 du Code de commerce, en réputant actes de commerce, notamment, « tout achat de biens immeubles en vue de les revendre » et « toutes opérations d'intermédiaires pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou de parts de sociétés immobilières »...

521. Lyon-Caen et Renault, I, n° 175. — Thaller et Percerou, I, n° 78. — Lacour et Bouteron, I, n° 828. — En ce sens : Lyon, 15 mars 1856, *D.P.*, 1856, 2, 201. — Bourges, 4 juillet 1922, *D.P.*, 1922, 2, 96. — Contra : Req., 24 avril 1861, *D.P.*, 1861, I, 256.

être démontrée⁵²². D'une part, si l'achat d'un fonds de commerce pouvait attribuer à l'acquéreur la qualité de commerçant, il n'en resterait pas moins que cet effet de l'acte ne serait pas rétroactif. Lors du contrat, l'acheteur n'est pas commerçant⁵²³. « Si l'achat d'un fonds de commerce donne à l'acheteur la qualité de commerçant, comment cette qualité pourrait-elle à son tour imprimer un certain caractère à l'acte ? Comment la qualité de commerçant qui dérive de l'acte, qui lui est subordonnée, pourrait-elle en même temps le couvrir et le modifier⁵²⁴ ? ». D'autre part, l'activité commerciale au sens de l'article 1 du Code de commerce n'est encore qu'à l'état de projet lors de l'acquisition du fonds et on a vu qu'il n'était pas techniquement possible de justifier la théorie des actes de commerce par accessoire par une influence sur les actes de la qualité de leur auteur. Mais, rester sur un plan objectif ne soulève-t-il pas une autre difficulté ? Comment l'accessoire peut-il subir l'influence d'un principal qui n'existe pas ?

321. — Dans une large mesure, c'est là un faux problème. Lorsque le rapport d'accessoire à principal dérive de l'affectation, il est fréquent que l'apparition de l'accessoire précède celle du principal.

Si le principal est le but vers lequel tend l'accessoire, il n'est pas nécessaire que ce but soit d'ores et déjà réalisé pour qu'il puisse jouer un rôle à l'égard de l'accessoire. *La considération actuelle d'un principal futur* fait partie de l'accessoire, l'explique et le commande. Nous dirons même qu'il est normal que l'accessoire devance le principal lorsque ce dernier est un fait, une action s'accomplissent en un trait de temps. L'accessoire est un moyen au service du principal. Il en prépare la réalisation.

Dans le cas des actes de commerce par accessoire, il faut bien voir que la situation habituelle est que le principal soit futur. L'acte accessoire est accompli en vue d'un ensemble d'actes de commerce dont il a pour but de faciliter la réalisation. Lorsqu'un détaillant achète une caisse enregistreuse, cette opération ne peut servir aux ventes de denrées concomitantes à cet achat. Ce sont les actes à venir qui en profiteront.

La difficulté ne peut toucher que la question de *preuve*. Le but d'un acte n'est pas toujours évident. L'achat d'une machine à écrire, par exemple, ne révèle pas en lui-même s'il est destiné à faciliter la tenue des écritures commerciales ou à permettre à l'acquéreur de dactylographier son courrier personnel... Alors il est important de relever l'existence d'une suite d'actes de commerce antérieurs qui permet de présumer que l'opération est destinée à faciliter la réalisation de nouveaux actes de commerce. C'est ce que fait la juris-

522. Cf. A. Tunc, note précitée, *D.*, 1946, 233.

523. Req., 24 avril 1861, *D.P.*, 1861, 1, 256.

524. L. Duchange, thèse, p. 138-139.

prudence quand elle tire de la qualité de commerçant de l'auteur de l'acte, qualité qui dérive en principe de l'accomplissement effectif d'un certain nombre d'actes de commerce, une présomption de la destination commerciale de cet acte. Mais « le commerce » actuel qui est ainsi utilisé comme indice n'est pas le « principal » qui communique le caractère commercial à l'accessoire. Ce principal, c'est « le commerce » futur.

Or, il est des actes dont l'objet suffit à révéler la destination, et c'est le cas de l'achat d'un fonds de commerce. Qu'aucun acte de commerce antérieur à l'acquisition n'ait été accompli par l'acheteur ne saurait empêcher l'application de la maxime *accessorium sequitur principale*. Le seul obstacle viendrait du texte de l'article 632 du Code de commerce qui semble exiger chez l'auteur de l'acte la qualité actuelle de commerçant. Mais nous avons vu comment il fallait entendre cette référence⁵²⁵ et l'explication vaut pour un futur commerçant. « Dans notre hypothèse, nous avons des actes qui, par leur destination, sont commerciaux, sont le commencement d'une existence commerciale. Telle est leur nature quoi que l'on décide sur la qualité à donner à la personne de leur auteur⁵²⁶ ».

322. — Seulement, la question se pose de savoir jusqu'où il est possible d'aller dans cette voie.

Un arrêt de la Cour de Rouen, en date du 16 janvier 1959⁵²⁷ illustre bien le problème : la dame Ronnel-Beaufils avait formé le projet de constituer avec la dame Lechevallier une société en nom collectif ayant pour objet l'exploitation d'un fonds de commerce de laverie qu'elles se proposaient de créer. La dame Ronnel-Beaufils commanda personnellement à un sieur Petiot des installations électriques destinées à l'aménagement des locaux devant servir au logement de la personne qui gèrerait la laverie. « Attendu, dit la Cour de Rouen, qu'en commandant ces travaux, la dame Ronnel-Beaufils, bien que n'ayant pas encore la qualité de commerçante, s'est comportée, par rapport à Petiot, comme si elle l'était déjà, et a agi dans l'intérêt de la société commerciale qu'elle se proposait de créer ; qu'il s'ensuit que le tribunal de commerce du Havre était compétent pour connaître du présent litige... ».

Sans doute aurait-on pu songer à invoquer en cette espèce un rattachement du contrat litigieux à une « période constitutive » de la société en nom collectif⁵²⁸. Mais l'arrêt ne s'est pas placé sur ce terrain. Il invoque à la fois, semble-t-il, la théorie de l'apparence et celle des actes de commerce par accessoire. La dame Ronnel-Beaufils s'était comportée en commerçante apparente à l'égard de Petiot. Mais est-ce là un fondement autonome de la commercialité attri-

525. *Supra*, n° 316.

526. J.E. Labbé, note précitée, *P.*, 1879, 742.

527. *D.*, 1960, 177, note J. Calais-Auloy ; *S.*, 1960, 207, note A. Dalsace et J. Schapira ; *Rec. Gén. lois et arrêts*, 1960, 283 note M. Vasseur.

528. A. Dalsace et J. Schapira, note précitée, *S.*, 1960, 207.

buée au contrat ? On peut en douter. L'application de la théorie de l'apparence est en effet subsidiaire⁵²⁹. Or, la Cour de Rouen relève la destination de l'acte dans des termes qui évoquent la règle de l'accessoire.

Là surgit le premier obstacle : le principal n'est pas seulement futur, il est encore très éloigné. Entre l'installation électrique effectuée par Petiot et l'accomplissement d'actes de commerce par nature, de nombreux actes seront nécessaires. Le rapport d'accessoire à principal se distend. Un délai peut-être très long séparera la création de l'accessoire et celle du principal. Le rapport de destination lui-même perd de la netteté car l'acte peut être plus directement affecté au service d'autres actes intermédiaires.

Pour soumettre la création d'un fonds de commerce au droit commercial, la jurisprudence adopte une conception large du rapport d'accessoire à principal qui lui permet de faire un usage extensif du moyen technique offert par la maxime *accessorium sequitur principale*⁵³⁰. La véritable difficulté est une question de preuve. « Ce qui importe, ce n'est pas le délai plus ou moins long écoulé entre l'accomplissement de l'acte et l'apparition de la qualité de commerçant, c'est la destination de l'acte⁵³¹ » et cette destination est d'autant plus délicate à établir que l'exercice effectif du commerce est plus éloigné. Mais, en relevant que la dame Ronnel-Beau-fils s'était apparemment comportée comme si elle était déjà commerçante, la Cour de Rouen n'indique-t-elle pas comment cette preuve a été rapportée ? Lorsqu'un commerçant accomplit des actes civils, les tiers sont, d'après la jurisprudence, fondés à croire qu'il s'agit en vue de l'exploitation de son commerce. On voit le parti que l'on peut tirer, sur le terrain de la preuve de la destination de l'acte, de l'attitude de celui qui se présente en commerçant apparent. Cette intervention de la théorie de l'apparence venant faciliter la démonstration du rapport d'accessoire à principal est bien dans la ligne de l'attitude extrêmement souple des tribunaux en notre matière.

323. — L'espèce soulève une seconde question, assez délicate : en fait, l'exploitation commerciale envisagée lors de la commande d'installation électrique n'a jamais eu lieu. Le principal futur n'a jamais existé qu'à l'état de projet. Ce qui semblait un emprunt de commercialité par anticipation paraît un fictif. S'il n'est pas extraordinaire qu'un accessoire apparaisse avant le principal, généralement cet accessoire *suit* le sort du principal en ce sens qu'il subit les conséquences des vicissitudes dont le principal réalisé est effectivement l'objet. Certes, ici, la maxime *accessorium sequitur principale* se

529. J. Calais-Auloy, note précitée, *D.*, 1960, 178.

530. Toulouse, 15 juillet 1825, *S. chron.* — Paris, 11 août 1874, *D.*, 1875, 2, 38. — Contra : Angers, 21 mars 1867, *S.*, 1868, 2, 215.

531. J. Calais-Auloy, note précitée, *D.*, 1960, 179.

située sur un autre plan, l'accessoire subit l'influence d'un principal dont les avatars n'ont guère d'incidences. Mais lorsqu'on est sûr que le principal ne verra pas le jour, peut-on encore parler de maxime *accessorium sequitur principale* ? Nous avons dit que l'utilisation de ce procédé technique avait pour but de reconstituer l'activité commerciale au sens large. Or, une telle activité suppose, au centre, l'accomplissement d'actes de commerce, entourés, précédés, suivis d'actes qui perdent leur nature civile en s'intégrant à cet ensemble plus vaste. Sans l'élément central qui en est l'âme, comment parler d'activité commerciale ?

A cette objection, Labbé avait déjà répondu : « Si postérieurement au traité le commerce a été exercé, le principal existe et l'accessoire peut y trouver le point d'appui de sa commercialité. Resterait donc le cas où la mort serait venue mettre obstacle à la réalisation de la volonté de faire le commerce. Sans doute, la subordination de l'accessoire à un objet principal semble faire défaut. Néanmoins, même en cette circonstance, nous sommes d'avis de faire prévaloir l'intention sur le fait. Celui qui a acheté des marchandises et qui meurt avant d'en avoir revendu une seule a-t-il en réalité plus fait le commerce que celui qui a loué un local industriel, acheté une clientèle et a été interrompu par la mort dans son entreprise ? Non certes, et néanmoins il a fait par la seule intention un acte incontestablement commercial. L'argument est décisif à nos yeux ⁵³² ». Et c'est probablement cette doctrine qui inspire des décisions telles que celle de la Cour de Rouen dans l'affaire que nous venons d'évoquer.

L'explication est intéressante, car elle montre combien le recours à la théorie de l'accessoire devient artificiel. Le but commercial tend en effet à se séparer de l'accomplissement d'un certain nombre d'actes de commerce par nature. Si bien que les actes ainsi caractérisés par une destination claire en elle-même semblent ne plus devoir grand chose à un rapport d'accessoire à principal pour que soit justifiée leur commercialité. Le rapprochement avec l'achat pour revendre est caractéristique à cet égard. De commercial par accessoire, un acte tel que l'achat d'un fonds de commerce n'est-il pas devenu, en réalité, un acte de commerce par nature, ajouté à la liste dressée par le Code de Commerce ⁵³³ ? Le passage de l'un à l'autre fondement est en effet très facile. Dans les deux cas, c'est la destination de l'acte qui l'éclaire et en explique le régime. Mais le but ultime d'un accessoire ne peut être atteint qu'indirectement, à travers le principal au service duquel il est affecté, alors que l'acte indépendant porte en lui-même sa fin. Plus le principal s'éloigne, perd de la consistance et moins il apparaît un véritable interné-

532. J. E. Labbé, note précitée, *P.*, 1879, 742.

533. Paris, 30 juillet 1870, *D.P.*, 1871, 2, 16. — T. civ., Lille, 18 juin 1930, *G.P.*, 1930, 2, 534. — Plus explicite, Aix, 20 juillet 1943, *D.*, 1946, 232, note A. Tunc, précité. — En ce sens : R. Saint-Alary, *J. Cl. Com.*, art. 632, n° 191.

diaire. C'est ce qui se passe si l'on considère l'activité commerciale comme « désincarnée » au point de devenir une simple intention⁵³⁴.

Dans cette optique on comprendrait mieux que les actes destinés à la création d'un fonds de commerce fussent commerciaux, même si le projet n'est pas mené à bonne fin⁵³⁵. La difficulté propre à cette hypothèse demeurerait d'ailleurs toujours la preuve de l'intention de l'auteur de l'acte. Mais une fois ce point établi, la solution trouverait évidemment une assise plus solide que la théorie de l'accessoire qui apparaît bien ici ne plus être invoquée que pour vaincre les scrupules de ceux qui hésitent à admettre que la liste des actes de commerce par nature donnée par l'article 632 du Code de commerce n'est pas limitative.

324. — La situation est tout à fait comparable lorsqu'on envisage la vente d'un fonds de commerce.

L'application de la théorie de l'accessoire ne saurait, a-t-on dit, être contestée. « Cet acte est, en effet, relatif au commerce du vendeur, puisqu'il concourt à liquider sa situation commerciale. L'application du principe de l'accessoire est toute naturelle⁵³⁶. » Mais la solution est loin d'être évidente.

Sans doute peut-on admettre aisément que le vendeur du fonds de commerce a la qualité de commerçant, si du moins il a exploité ce fonds jusqu'au moment de la cession. Ce n'est pourtant pas suffisant pour entraîner la commercialité de l'acte. Tout au plus pourrait-on en tirer une présomption de la destination commerciale de la vente. Or, la nature même de l'opération détruit cette présomption « parce que le vendeur n'a pas en vendant son fonds, agi pour son exploitation, ce que suppose, selon la définition couramment admise, un acte commercial par accessoire⁵³⁷ ». Sauf circonstance exceptionnelle⁵³⁸, la vente du fonds de commerce ne peut-être affectée au service d'une activité commerciale à laquelle cet acte met fin.

S'agirait-il d'un accessoire « par production » ? Certes, il a bien fallu, pour rendre possible la vente du fonds de commerce, que celui-ci fût exploité et, par conséquent, que des actes de commerce aient été accomplis. Mais ces actes passés ne sont pas le

534. Assez caractéristique de ce passage d'un fondement à l'autre grâce à l'ambiguïté de la destination, est la phrase de J.E. Labbé : « Suivant nous, c'est la destination plus encore que le rapport de l'accessoire au principal qui est la circonstance décisive... » (note précitée, P., 1879, 741).

535. En ce sens, J. Calais-Auloy note précitée, D., 1960, 179.

436. E. Fuzier-Herman, A. Carpentier, G. Frèrejoubert du Saint, Répertoire, v° Actes de commerce n° 1238. Dans le même sens, L. Duchange, thèse, p. 195.

537. A. Tunc, note précitée, D., 1946, 233.

538. On pourrait supposer que le vendeur se trouve à la tête de plusieurs fonds différents et ne cède l'un que pour faciliter l'exploitation des autres (cf. L. Duchange, thèse, p. 195).

support de la vente. Il n'y a plus aucun point de contact entre ces actes de commerce et la cession. Si elle suppose l'exercice antérieur du commerce, elle en est détachée ; si elle peut être considérée comme une suite de l'activité commerciale, ce lien paraît bien insuffisant pour caractériser le rapport d'accessoire à principal.

Pourtant, ici encore, pour soumettre au droit commercial la cession d'un fonds de commerce la jurisprudence use de formules ambiguës qui évoquent encore la théorie de l'accessoire mais indiquent aussi une prise en considération de la nature de l'acte envisagé en lui-même⁵³⁹.

On voit qu'il est de plus en plus difficile de reconnaître le jeu de la maxime *accessorium sequitur principale* dans la détermination du domaine du droit commercial. Si elle a pu paraître longtemps le seul moyen d'accroître le nombre des actes de commerce sans contredire l'esprit du Code de commerce, son utilisation très large a habitué les esprits à voir de nouvelles matières soumises au droit commercial, si bien qu'arrive le moment où il paraît, en de nombreux secteurs, de moins en moins utile d'avoir recours à la règle de l'accessoire. Elle a préparé la voie conduisant à l'admission de nouveaux actes de commerce par nature ; elle a permis d'introduire des solutions qui auraient pu tout aussi bien se recommander d'un système subjectif, facilitant ainsi des prises de position qui ne peuvent plus se justifier que dans le cadre d'un tel système. Elle a ainsi favorisé le développement d'une construction qui s'éloigne progressivement des dispositions du Code de commerce.

La règle de l'accessoire n'est d'ailleurs pas utilisée exclusivement pour élargir les frontières du droit commercial. Les tribunaux prennent en effet en considération la destination civile de certains actes pour les soumettre au droit civil. Ce contrepoids endigue quelque peu l'expansion du droit commercial. Ainsi, s'établit un nouvel équilibre qui ne correspond plus guère aux solutions du Code.

B. — La prise en considération de la destination civile des actes

On comprend assez bien que pour éviter que le droit commercial n'absorbe la plus grande partie du droit civil, on modère les effets de la théorie de l'accessoire lorsque l'acte n'a pas un but exclusivement commercial. Ce n'est qu'un nouvel assouplissement

539. « Mais attendu que la vente d'un fonds de commerce consentie par un commerçant à un autre commerçant en vue de son exploitation constitue pour les deux parties un acte de commerce ; qu'elle a en effet pour but de leur procurer un bénéfice consistant pour le vendeur dans le prix de cession et pour l'acheteur dans les produits de l'exploitation du fonds... » (Civ., 19 novembre 1924, *D.P.*, 1926, 1, 138 ; dans le même sens Civ., 3 février 1930, *D.P.*, 1932, 1, 28).

de la maxime *accessorium sequitur principale*. Mais il est plus curieux que pour réduire le domaine du droit commercial on ait recours à une nouvelle extension de la règle de l'accessoire. C'est pourtant ce que traduit la théorie des « actes civils par accessoire ».

a) Les actes mixtes.

325. — Il n'est pas nécessaire d'insister longuement sur la souplesse de la théorie de l'accessoire quant à ses effets.

Il est assez rare qu'un acte juridique ait un but unique. En particulier, dans un contrat synallagmatique, chacune des parties recherche son propre intérêt et la destination de l'acte est différente selon le côté duquel on se place.

Parlant « des obligations entre négociants, marchands et banquiers », le Code de commerce élude la difficulté. Quel que soit le point de vue adopté, de telles obligations sont accessoires d'une exploitation commerciale et il n'y a aucun obstacle à leur reconnaître pour le tout et à l'égard de tous la nature commerciale.

Mais, dépassant la lettre du texte, la jurisprudence applique la théorie des actes de commerce par accessoire aux actes passés entre un commerçant pour les besoins de son négoce et un civil, pour qui l'acte est évidemment étranger à une activité commerciale. Le rapport de destination qui ouvre la voie à la maxime *accessorium sequitur principale* ne se manifeste alors que d'un seul côté et, selon l'angle sous lequel on l'examine, l'acte est accessoire ou ne l'est pas. Cependant, l'acte est unique. Il forme un tout indivisible. Seulement, il a un double but et ce double but a été englobé dans l'accord des volontés : il en constituera la cause. C'est pourquoi l'expression d'« acte mixte » employée pour désigner cette situation est critiquée⁵⁴⁰. On voit mal en effet l'acte être à la fois accessoire et indépendant. En réalité, dès lors qu'est mis en lumière un lien de dépendance, l'acte est accessoire. Et il n'est guère douteux que s'il s'agissait d'éviter la rupture entre l'accessoire et le principal, la maxime *accessorium sequitur principale* s'appliquerait. Mais la règle de l'accessoire fonctionne ici hors de son cadre normal. Il a paru choquant d'en faire une application brutale à une opération complexe. Aussi, les tribunaux scindent-ils assez artificiellement les deux faces de l'acte, le considérant comme un acte de commerce accessoire du côté du commerçant et comme un acte civil du côté de son partenaire. Cet effet nuancé de la règle de l'accessoire procure le résultat recherché, mais n'a que de lointains rapports avec le système du Code de commerce.

Il y a plus grave encore. L'utilisation de la règle de l'accessoire se justifie uniquement en raison du cadre technique adopté par le Code de commerce. Or, elle est parfois employée *contre* la cons-

540. Ripert-Roblot, I, n° 312.

truction élaborée par les textes. Des actes de commerce par nature ont parfois été transformés en actes civils au nom de la théorie de l'accessoire.

b) Les actes civils par accessoire.

326. — D'après les textes, il apparaît clairement que le droit commun est la nature civile des actes et qu'à cette règle générale l'article 632 du Code de commerce apporte des exceptions en dressant une liste d'actes commerciaux. De là devraient découler les principes permettant de mettre en œuvre le système. D'une part, les exceptions sont d'interprétation stricte ; d'autre part, *lex specialia generalibus derogant* et le jeu des exceptions devrait être d'application impérative. Or, l'intervention de la règle de l'accessoire bouleverse ces principes. Nous avons vu ce qu'il en était de l'interprétation du domaine « exceptionnel » du droit commercial ! Non seulement l'utilisation de la maxime *accessorium sequitur principale* à titre de procédé technique révèle une volonté d'accroître le nombre des actes de commerce, mais son application toujours plus souple traduit une intention d'extension systématique des matières régies par le droit commercial. Quant au second principe qui semblait devoir régir la mise en œuvre des dispositions du Code de commerce, il est à son tour sérieusement malmené par la théorie des « actes civils par accessoire ». Il s'agit en effet « de nombreux cas où la jurisprudence considère comme civils des actes qui, par leur nature, sont des actes de commerce (le plus souvent des achats pour revendre, parfois des entreprises de manufacture), parce que ces actes sont accomplis pour les besoins d'une profession civile, se rattachent à une profession civile⁵⁴¹ ».

Le fondement de cette théorie a parfois été recherché dans la maxime *accessorium sequitur principale*⁵⁴² et, en tout cas, c'est à notre adage que fait irrésistiblement songer la terminologie employée.

Mais il est extrêmement difficile de trouver un point d'appui à la règle de l'accessoire.

A cet égard, il faut isoler deux questions distinctes :

— La notion d'accessoire peut légitimement être utilisée lorsqu'il s'agit de déterminer la qualité de commerçant ou de non-commerçant d'une personne. Il ne suffit pas en effet de constater l'accomplissement d'un certain nombre d'actes de commerce. Encore faut-il qu'ils constituent « la profession habituelle » de leur auteur. Or, des actes de commerce peuvent n'avoir été réalisés que pour servir d'autres opérations de caractère civil. Leur véritable but ne peut être atteint qu'au travers d'une série d'actes civils.

541. A. Jauffret, *Encycl. Dalloz Dr. Com.*, v° Actes de commerce, n° 474.

542. Alauzet VI, 2° partie, n° 3024.

Peut-on alors considérer qu'ils réalisent l'essentiel d'une profession commerciale ? Les termes de l'article 1^{er} du Code de commerce laissent à l'interprète une assez large marge d'appréciation pour que l'on puisse admettre que les actes de commerce répétés ne caractérisent pas le commerçant lorsque ces actes sont seulement accessoires ⁵⁴³.

La mise en œuvre de cette solution est d'ailleurs délicate. Un indice du caractère accessoire des actes de commerce fréquemment utilisé est leur faible importance relative ⁵⁴⁴. Mais à défaut d'une consécration législative en ce domaine de l'adage *major pars trahit ad se minorem*, ce n'est qu'un indice ⁵⁴⁵. D'autant plus qu'il n'est nullement exclu qu'une même personne puisse se voir reconnaître une double qualité et exerce à la fois une profession civile et une activité commerciale.

— Seulement, dire que l'auteur d'actes de commerce n'est pas un commerçant ne signifie pas que tous les actes qu'il accomplit doivent être de nature civile. Tout le monde s'accorde à reconnaître que les actes de commerce par nature ont cette qualité vis-à-vis de toute personne, commerçante ou non. L'intention des rédacteurs du Code de commerce ne fait pas de doute à cet égard ⁵⁴⁶. Or, les textes n'exigent pas des actes de commerce par nature qu'ils ne soient pas affectés au service d'une activité non commerciale. Poser une telle condition paraît ajouter à la loi ⁵⁴⁷.

Certes, l'article 638 du Code de commerce précise que « ne seront point de la compétence des tribunaux de commerce les actions intentées contre un propriétaire cultivateur ou vigneron pour la vente de denrées provenant de son cru... ». Mais à lire ce texte, on ne voit guère qu'une exception limitée à la nature commerciale de certains actes. Il est douteux qu'il se prête à une interprétation extensive ou analogique ⁵⁴⁸. Il n'existe pas de disposition analogue aux articles 631-1° et 632, alinéa 7 et il paraît bien aven-

543. « Attendu que la profession de dentiste est une profession libérale ; qu'il ne suffit pas pour reconnaître à celui qui l'exerce la qualité de commerçant, qu'il achète certaines matières pour les utiliser même avec bénéfice dans la pratique de son art, si de telles opérations ne sont réalisées qu'à titre d'accessoire nécessaire de sa profession... » (Soc., 27 octobre 1938, *G.P.*, 1938, 2, 877. — Paris, 9 février 1965, *J.C.P.*, 1966, IV-G., 28.)

544. Cf. les références citées par M. A. Jauffret, *Encycl. Dalloz Dr. Com.*, v° Actes de commerce, n° 483.

545. Cf. E. Blais, thèse, p. 66.

546. Cf. *supra*, n° 316.

547. Les explications qui justifient la théorie des actes civils par accessoire par l'absence d'esprit de spéculation qui serait démontrée par la destination de ces actes (Bedarride I, livre I, titre I, n° 47 ; E. Blais, thèse, p. 75) ne peuvent être admises. En effet « dans bien des cas, l'acte accessoire réunit bien toutes les conditions de l'acte de commerce par nature et notamment est fait certainement avec bénéfice ». (A. Jauffret, *Encycl. Dalloz Dr. Com.*, v° Actes de commerce, n° 477.)

548. E. Blais, thèse, p. 72.

tureux de faire sortir du Code de commerce le principe que les professions civiles sont entièrement soumises au droit civil. Admettrait-on ce principe d'ailleurs, que la transposition du système des actes de commerce par accessoire ne s'imposerait pas. On ne trouve nulle part une définition des professions civiles élaborée à partir de la répétition d'un certain nombre d'actes de nature civile. La base technique qui pourrait justifier l'utilisation de la règle de l'accessoire fait défaut.

Pourtant les applications de la théorie des actes civils par accessoire sont nombreuses⁵⁴⁹. Mais cette expression se justifie davantage par un souci de symétrie avec la théorie des actes de commerce par accessoire que par l'application de la maxime *accessorium sequitur principale*. En réalité, il s'agit moins de reconstituer la notion de profession civile que de tirer des conséquences d'une définition *a priori* d'un certain nombre d'activités civiles.

La référence à la théorie de l'accessoire n'apparaît plus guère que verbale et masque des cas d'application directe d'un système subjectif de délimitation du domaine du droit commercial et du droit civil.

Il n'est d'ailleurs pas certain que ce contrepoids à l'énorme développement des actes de commerce par accessoire soit promis à de nouvelles extensions. Non seulement des activités traditionnellement civiles, comme la production agricole, s'ouvrent à des formes d'organisation technique qui ne sont pas étrangères au droit commercial, mais un certain renouveau de la notion objective du droit commercial conçu comme un droit des opérations d'affaires tend à limiter la transformation en actes civils des actes de commerce par nature, fussent-ils accomplis pour les besoins d'une profession civile.

327. — Insister davantage serait inutile. Les quelques traits qui viennent d'être rappelés suffisent à montrer le rôle de la maxime *accessorium sequitur principale* dans la fixation des frontières du droit commercial.

Le moins qu'on puisse dire est que les tribunaux se font du rapport d'accessoire à principal une conception particulièrement extensive. Ce rapport se distend parfois au point qu'on peut se demander si la règle de l'accessoire ne devrait pas être écartée. Ce serait probablement inévitable si notre adage exprimait ici les conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal. Mais il n'est qu'un moyen imposé par la méthode employée par le Code de commerce, un moyen dont le large usage n'a pas d'autre justification que les besoins de la pratique.

Fait plus remarquable encore, la maxime *accessorium sequitur principale* contribue à s'évincer elle-même. Elle acclimate des solu-

549. Cf. les références citées par M. A. Jauffret, *Encycl. Dalloz Dr. Com.*, v° Actes de commerce, n^{os} 481 s.

tions fort éloignées de celle du Code de commerce. Elle éloigne ainsi la pratique du système étroit établi par les textes. Si bien que des constructions nouvelles s'élaborent qui acquièrent peu à peu leur autonomie par rapport au cadre initial. Or, le jeu de la règle de l'accessoire ne s'explique que par le souci de respecter les positions du Code. Au fur et à mesure du développement d'une jurisprudence qui, grâce à la théorie de l'accessoire, a largement modifié le domaine du droit commercial par rapport aux conceptions de 1807, le recours au procédé technique qu'offre la maxime *accessorium sequitur principale* devient de plus en plus inutile.

En réalité, il semble bien que les juges, tenant compte du bon sens et des usages, décident *intuitivement* de ce qui doit être soumis au droit commercial et de ce qui doit lui échapper, et qu'une fois cette décision prise, ils la justifient *après coup* par une référence à la théorie de l'accessoire.

On voit comment de l'utilisation d'un mécanisme technique précis, on passe progressivement à une simple allusion formelle qui peut-être, donne « bonne conscience », mais est dépourvue de portée effective. D'assouplissement en assouplissement, la notion d'accessoire elle-même devient méconnaissable. On arrive à la qualification donnée *a posteriori*, une fois que le « nivellement » est opéré.

Cette méthode est évidemment peu rationnelle. Mais le droit commercial ne peut s'enfermer dans les limites rigides d'une logique abstraite. Il doit d'abord faire face aux nécessités pratiques. À cet égard, la règle de l'accessoire a été et, parfois, est encore un instrument précieux. Ce n'est qu'un instrument dont on peut sans doute se passer une fois que les solutions qu'il a permis d'obtenir sont suffisamment assises, pour n'avoir plus à être justifiées. C'est un instrument dont l'utilisation, dans les conditions où elle est faite actuellement, a souvent quelque chose d'hypocrite. Peut-être, mais il importe d'abord de considérer les résultats.

Les défauts de la règle de l'accessoire ne sont-ils pas, en réalité, le signe que le système du Code de commerce a mal vieilli et qu'il est temps de le modifier de façon à rendre inutile le recours à la maxime *accessorium sequitur principale* ?

■
* * *

328. — Avec l'examen de la théorie des actes de commerce par accessoire, on atteint les bornes de la règle de l'accessoire qu'au début de cet ouvrage nous avons posées pour délimiter l'objet de notre étude⁵⁵⁰. Partis d'une définition assez précise du rapport d'accessoire à principal, nous avons débouché sur une conception large de l'accessoire, dont le caractère vague défie les tentatives de systématisation.

⁵⁵⁰. *Supra*, n° 38.

Ce n'est pas le moindre intérêt de cet exemple. On s'aperçoit, en effet, que l'extension, à des fins pratiques, du rôle de la règle de l'accessoire, ne s'opère pas seulement par un dépassement des effets logiques de la maxime *accessorium sequitur principale*, mais aussi de *l'intérieur*, par un élargissement de la notion d'accessoire elle-même.

Régler un conflit de propriétés par l'attribution de la propriété de l'accessoire au propriétaire du principal, imposer à l'accessoire un changement de nature jugé utile, c'est faire de la règle de l'accessoire un instrument technique en renforçant les conséquences du rapport d'accessoire à principal. C'est encore user de la règle de l'accessoire comme procédé technique que la faire jouer hors de son domaine naturel, au prix d'une déformation de la notion d'accessoire.

Mais, pour pouvoir isoler et décrire un mécanisme juridique précis, encore faut-il que l'accessoire ainsi modifié puisse se définir avec assez de netteté. C'est le cas lorsqu'une simple comparaison d'ordre quantitatif détermine l'accessoire et le principal. Les notions ne se diluent pas comme dans la règle de l'accessoire entendue au sens le plus large. Mais, grâce au critère mathématique de l'accessoire, la règle trouve de nouvelles bases et, à partir de là, un champ d'action supplémentaire.

Nous avons déjà maintes fois fait allusion à la conception quantitative de l'accessoire, toujours pour dénoncer les confusions qu'elle engendre en se mêlant à l'analyse d'un rapport d'accessoire à principal au sens strict. En réalité, il s'agit bien d'une *déformation* de la règle de l'accessoire. Les analogies, les points de contact ne manquent pas avec le système, désigné par la maxime *accessorium sequitur principale*, que nous avons analysé jusqu'ici. Mais la règle est profondément transformée. Mettant en œuvre une autre notion d'accessoire, elle s'écrit désormais : *major pars trahit ad se minorem*.

CHAPITRE II

LA DEFORMATION DU CONCEPT D'ACCESSOIRE : « MAJOR PARS TRAHIT AD SE MINOREM »

329. — Aussi loin que l'on pousse les conséquences du rapport d'accessoire à principal, quelle que soit la hardiesse avec laquelle on force les obstacles, il est au moins une limite qui paraît infranchissable : pour tirer des effets de la notion d'accessoire, il faut... un accessoire. Or, cette ultime barrière est elle-même contournée et l'on voit cette situation paradoxale que la règle de l'accessoire fonctionne sans accessoire ! Car lorsqu'on invoque un critère quantitatif de l'accessoire, il n'est plus question ni d'affectation ni de « production », on ne peut déduire aucune conséquence logique d'un rapport d'accessoire à principal qui, au sens strict, n'existe pas.

Et pourtant c'est encore de la règle de l'accessoire qu'il s'agit. De même que, pour des raisons pratiques, la maxime *accessorium sequitur principale*, dépassant les effets logiques du rapport d'accessoire à principal, devient un procédé technique autonome, la déformation du concept d'accessoire permet d'élargir le champ d'application de la règle de l'accessoire. Car c'est toujours *dans le prolongement de la règle logique* de l'accessoire que l'on se place. Que l'obstacle provienne de circonstances extérieures empêchant de tirer les effets ordinaires d'un rapport d'accessoire à principal ou que cet obstacle résulte de la difficulté ou même de l'impossibilité d'isoler un véritable accessoire, il s'agit d'obtenir des résultats du même ordre que ceux qu'exprime la maxime *accessorium sequitur principale* lorsqu'elle joue sans heurts : l'accessoire suit le sort du principal et le principal ne suit pas le sort de l'accessoire.

Ce n'est donc par du côté des effets de la règle de l'accessoire lorsqu'elle s'écrit *major pars trahit ad se minorem* que l'on découvrira des aspects bien originaux, puisque c'est essentiellement l'identité de ces effets avec ceux que produit la maxime *accessorium sequitur principale* qui permet de ranger les deux adages sous une rubrique commune. Ce qui est notable, ce sont les conditions « anor-

males » — par rapport à ce que nous avons vu de la règle de l'accessoire — dans lesquelles ces résultats sont obtenus. La plupart du temps les effets de la règle quantitative de l'accessoire ne dépassent pas ceux de la simple règle logique. Mais il est bien évident qu'il s'agit toujours d'un procédé technique particulier, qui ne peut se confondre avec un raisonnement confrontant la situation de fait avec le « droit commun ». Comment pourrait-on justifier rationnellement l'utilisation d'un critère quantitatif de l'accessoire ? Seuls les intérêts pratiques peuvent expliquer que l'on ait recours à cette méthode qui apparaît toujours comme un moyen permettant d'obtenir un résultat voulu.

330. — Le rapprochement des deux formules *accessorium sequitur principale* et *major pars trahit ad se minorem* est, à cet égard, révélateur. Certes, l'habitude n'est pas de les opposer. S'il est évident que l'adage *major pars trahit ad se minorem* n'est évoqué que dans le cas d'une comparaison quantitative des deux éléments en présence, la maxime *accessorium sequitur principale* est considérée comme une formule générale, synonyme de la règle de l'accessoire et, à ce titre, englobant le brocard *major pars trahit ad se minorem* qui en serait, dès lors, une subdivision. Mais combien plus significatifs sont les adages traditionnels si l'on réserve à chacun son domaine propre, *accessorium sequitur principale* traduisant exclusivement la mise en œuvre de la notion d'accessoire au sens strict !

Accessorium sequitur principale : c'est l'accessoire qui, apparemment, de lui-même, suit le sort du principal. Et qu'y a-t-il d'étonnant à cela si l'accessoire « produit » par le principal ou affecté à son service ne peut se réaliser que lorsqu'il est joint à ce principal ? Sans doute, la formule ne se borne pas à exprimer les conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal et désigne aussi une règle technique originale. Mais elle insiste toujours sur la vocation naturelle de l'accessoire à suivre le sort du principal.

L'éclairage change avec l'adage *major pars trahit ad se minorem*. La partie la plus importante attire, entraîne la partie la moins importante. L'initiative, pourrait-on dire, qui appartenait à l'accessoire dans la maxime *accessorium sequitur principale*, passe ici au « principal » — au sens large. En effet, rien ne prédispose un élément de faible valeur, simplement parce qu'il est quantitativement moindre, à suivre le sort d'un élément de plus de prix. Il n'y a aucune vocation naturelle de la *minor pars* à s'aligner sur plus fort qu'elle. Aussi bien est-ce le « poids » plus considérable de l'élément plus important qui impose ce mouvement.

La maxime *major pars trahit ad se minorem* n'exprime pas une solution logique, mais une règle de *force*.

Le véritable domaine des rapports de force est celui des relations collectives et c'est sous la forme de la loi de la majorité que la

méthode de comparaison quantitative s'exprime le mieux. Elle précise et canalise l'opposition des forces antagonistes dont elle prend la mesure pour aboutir au triomphe des plus puissantes. La science politique a développé les techniques les plus ingénieuses pour tenter d'assurer une représentation exacte des diverses fractions de l'opinion. Quel que soit le système employé, il aboutit toujours à une large schématisation qui abolit les nuances et assure finalement le succès du plus grand nombre. Pourtant, en raison, rien ne permet d'affirmer que l'opinion la plus répandue est la mieux fondée ou la plus opportune. Pourquoi la sagesse serait-elle l'apanage de la masse la plus importante ? On ne peut dire que la minorité sera nécessairement convaincue par les arguments adverses et se rangera de bonne grâce à l'avis de la majorité.

On dira, avec la théorie institutionnelle, que la décision dégagée par le principe majoritaire constitue la volonté propre du groupement : de même que dans le for interne de la conscience de chacun se heurtent des idées et des tendances contraires et que c'est celle qui s'avère la plus forte qui détermine l'action, c'est l'opinion *la plus puissante* parce qu'appuyée sur le plus grand nombre qui, l'emportant sur les avis opposés de la minorité, engage la collectivité.

Au surplus, la loi de la majorité est un bon *procédé technique*, permettant de sortir de l'immobilisme auquel condamnerait en pratique l'exigence de l'unanimité. Entre des individus de compétence supposée égale les opinions se valent. Pour éviter la paralysie, il paraît normal que joue la pression du nombre et que la majorité contraigne la minorité, sinon à adopter ses vues, du moins à suivre ses décisions.

Nous n'avons d'ailleurs pas à discuter le fondement du principe majoritaire. Mais il est important de remarquer que ces justifications peuvent être d'ordre sociologique, technique, voire métaphysique, mais non d'ordre purement logique.

La loi de la majorité pourrait s'exprimer *major pars trahit ad se minorem*. Il serait sans doute excessif d'y voir une forme de la règle de l'accessoire, règle qui n'est guère invoquée dans les rapports collectifs. C'est en tout cas une question qui déborde du cadre de notre étude. Mais il reste que le système de l'attraction par l'élément quantitativement le plus important présente toujours les mêmes caractères. C'est une technique de force qui arrache la *minor pars* à sa voie naturelle.

331. — Si l'on excepte le principe majoritaire dans les rapports collectifs, comment la règle *major pars trahit ad se minorem* peut-elle s'introduire en droit privé ? C'est dans le sillage de la maxime *accessorium sequitur principale*, en s'insérant dans le cadre de la règle de l'accessoire, que le système de l'attraction par l'élément supérieur en quantité peut le plus aisément trouver droit de cité.

« Le procédé le plus général de la technique du droit, écrit

Gény... consiste en une réduction à la fois spontanée et réfléchie, des éléments substantiels du droit... Pour que... surgissent des règles capables de maîtriser efficacement la conduite de l'homme dans le for extérieur et avec sanction de contrainte, il y faut une précision catégorique. Celle-ci s'obtient en dégageant les arêtes vives des réalités sociales, de façon à leur donner des contours définis, qui les fixent et en fassent des cadres fermes pour la vie. Pareil résultat implique une procédure d'élimination, de criblage, voire même de filtrage qui réduira les éléments infiniment divers et enchevêtrés^{1...} »

Au premier rang des moyens permettant d'obtenir cette réduction, le savant auteur cite « la substitution du quantitatif au qualitatif, en vue d'une expression plus pratique des préceptes du droit ». « Il faudra, dit-il, souvent... évaluer les impondérables, bref *transformer les qualités en quantités*, de façon à obtenir, au lieu d'une enveloppe molle et flasque, livrée à tous les flottements de l'appréciation arbitraire, une ligne droite et ferme, assurant la précision de la conduite comme des jugements² ». Ainsi, selon un exemple de Jhering, la fixation d'un âge de la majorité civile met-elle de la rigueur dans l'idée que « sera majeur celui qui possède le discernement et la fermeté de caractère nécessaires pour régler lui-même ses affaires³ ». Le passage à une conception quantitative de l'accessoire correspond, pour une large part, à cette technique. Au lieu d'une recherche, parfois délicate d'un rapport d'affectation ou de « production », un critère mathématique donne immédiatement des solutions simples et sûres. La règle *major pars trahit ad se minorem* n'a donc pas seulement vocation à prolonger la maxime *accessorium sequitur principale* et à combler certaines de ses lacunes. Elle tend à l'absorber.

« La substitution, du quantitatif au qualitatif, dit encore Gény... ne nous offre encore qu'une transformation des éléments substantiels du droit... Mais la technique franchit, en apparence du moins, un pas plus décisif dans l'amoindrissement des données primordiales du droit... La réduction des éléments substantiels du droit atteindra son maximum dans *l'élimination artificielle de conditions juridiques des règles*⁴ ». L'adage *major pars trahit ad se minorem* se réfère souvent à ce second type de réduction⁵. C'est notamment le cas en matière de qualifications : la règle de l'accessoire, lorsqu'elle joue dans ce domaine, aboutit à considérer que l'accessoire n'influence pas la qualification de l'ensemble dont il fait partie. Lorsqu'il s'agit d'un véritable accessoire, il n'y a pas, à proprement parler, de phénomène de réduction, car, par nature, il est neutre au

1. *Science et technique*, III, n° 196, p. 52-53.

2. *Ibid.*, n° 197, p. 59 s.

3. Pour une autre illustration du passage du qualitatif au quantitatif (en matière de responsabilité civile) cf. A. Pirovano, note sous T.G.I., Nice, 22 janvier 1966, *D.*, 1966, 344.

4. *Science et technique*, n° 198, p. 69.

5. Cf. P. Voirin, note sous Paris, 14 mai 1963, *D.*, 1965, 176.

regard de la qualification⁶. Mais si la même règle fonctionne sans qu'existe un rapport d'accessoire à principal au sens strict, l'élément que l'on traite en accessoire n'est pas juridiquement neutre. Il devrait pouvoir déclencher le choix de la catégorie. S'il ne le fait pas, c'est parce qu'il est artificiellement éliminé. Nous avons déjà plusieurs fois retrouvé en filigrane la distinction opérée par M. le Doyen Voirin entre deux « procédés destinés à informer la règle de l'accessoire », le « nivellement » et la « réduction »⁷. Nulle part la « réduction » n'est plus nette que lorsque l'adage *major pars trahit ad se minorem* est utilisé dans les qualifications.

L'intervention du critère quantitatif de l'accessoire réalise les deux variétés de « réduction des éléments substantiels » que distinguait Géný.

A l'égard du concept d'accessoire, la « substitution du quantitatif au qualitatif » donne une précision extrêmement rigide à une notion jusque-là souple et parfois délicate à saisir. On élimine ainsi nombre de nuances caractéristiques de l'accessoire au sens strict. Cette notion « réduite » à l'aspect quantitatif est — le paradoxe n'est qu'apparent — plus large, parce que dépendant de conditions extrêmement simplifiées. C'est d'ailleurs pourquoi on peut concevoir que les deux notions d'accessoire coexistent.

A l'égard de l'objet sur lequel porte la règle *major pars trahit ad se minorem* et spécialement en matière de qualification, on assiste à « l'élimination artificielle » de certains éléments. Le mécanisme de la règle s'identifie avec cette réduction radicale.

Nous examinerons brièvement, dans une première section, le passage du qualitatif au quantitatif, et, dans une seconde section, la réduction opérée par la règle *major pars trahit ad se minorem* dans les qualifications.

SECTION 1. — *Le passage du qualitatif au quantitatif*

332. — Il est inutile de développer longuement, à propos de l'accessoire, la description de la transformation d'une qualité qu'il faut apprécier soigneusement en une quantité objective et sans nuances. Il faut relire l'analyse profonde qu'en a faite le doyen Géný⁸. A chaque page, à propos de chaque observation, on pourrait évoquer la notion d'accessoire, qu'il s'agisse de l'explication des avantages d'une simplification technique ou des dangers du procédé qui « aura parfois l'inconvénient de supprimer des nuances nécessaires et ainsi de dénaturer la règle juridique, voire de transformer une institution contrairement à ce qui doit rester son sens pro-

6. *Supra*, n° 162.

7. Beudant-Voirin, IV, n° 111, note 3.

8. *Science et technique*, III, n° 197, p. 59 s.

fond⁹ ». Nous avons déjà signalé, à ce sujet, les critiques sévères parfois encourues par la règle de l'accessoire entendue au sens de *major pars trahit ad se minorem*¹⁰.

Ce que nous devons souligner rapidement ici, c'est que l'introduction du critère quantitatif de l'accessoire, si elle répond parfois au souci de simplifier la notion afin de fixer à la règle de l'accessoire des conditions d'application rigides et sûres, s'explique aussi par le besoin d'élargir le domaine de la règle. C'est pourquoi, le droit positif fournit dans le même temps des exemples du développement progressif du système quantitatif. Tantôt la *minor pars* est prise en considération seulement à titre subsidiaire, à défaut d'accessoire proprement dit ; tantôt la fixation d'une limite chiffrée se hausse aux côtés de l'affectation ou de la « production » ; mais la simplicité du procédé quantitatif est si attrayante que cette méthode tend à supplanter la recherche d'un rapport d'accessoire à principal au sens strict : c'est alors une véritable substitution du quantitatif au qualitatif qui s'effectue.

A. — L'intervention du critère quantitatif à titre subsidiaire

333. — Un exemple caractéristique de l'utilisation subsidiaire d'une conception quantitative de l'accessoire est fournie par les textes, auxquels nous avons déjà fait allusion, régissant l'accession mobilière. Les applications pratiques en sont très rares, le jeu de l'article 2279 supprimant d'entrée le problème dans la majorité des cas. C'est, en définitive, au regard de la théorie de l'accessoire que ces textes présentent le plus d'intérêt. La terminologie employée est en effet exempte des confusions, si répandues, qui obscurcissent la matière. Et les conditions dans lesquelles il est fait appel à l'adage *major pars trahit ad se minorem* sont assez typiques pour ne pas être totalement oubliées.

Aux termes de l'article 566, « lorsque deux choses appartenant à différents maîtres, qui ont été unies de manière à former un tout, sont néanmoins séparables, en sorte que l'une puisse subsister sans l'autre »... — on notera au passage cette analyse très exacte et précise d'un rapport d'accessoire à principal au sens strict — « le tout appartient au maître de la chose qui forme la partie principale... ».

L'article 569 vient combler une lacune de ce système : « Si de deux choses unies pour former un seul tout, l'une ne peut point être regardée comme l'accessoire de l'autre, celle-là est réputée principale qui est la plus considérable en valeur, ou en volumes si les valeurs sont à peu près égales. »

Les expressions employées sont particulièrement nettes : la chose « la plus considérable » au point de vue quantitatif n'est pas, par cela seul, « principale » ; elle est « réputée principale » parce

9. *Ibid.*, p. 66 s.

10. *Supra*, n° 14 s.

que pratiquement traitée comme telle. Les textes distinguent clairement l'utilisation de la maxime *accessorium sequitur principale* de celle de l'adage *major pars trahit ad se minorem*, ne faisant jouer ce second aspect de la règle de l'accessoire qu'à défaut du premier.

334. Ce recours subsidiaire au système quantitatif se comprend fort bien.

D'abord, l'hypothèse est celle où les éléments appartenant à différents propriétaires forment « un seul tout ». Or, si la relation d'accessoire à principal établit entre les deux termes du rapport à la fois un lien et une hiérarchie, la comparaison quantitative ne peut faire apparaître qu'une hiérarchie entre des éléments dont la liaison est *donnée*. C'est là une limite certaine aux risques de transformation de la « qualité d'accessoire » en une quantité. Il faut, pour que la méthode soit applicable, être en présence d'un ensemble assez cohérent ou, du moins, que les éléments à comparer soient désignés, de l'extérieur, par les circonstances.

On remarquera ensuite qu'on est en matière d'accession, c'est-à-dire du règlement d'un conflit entre propriétaires au mieux des intérêts pratiques¹¹. Le jeu des principes de « droit commun » conduirait à consacrer une indivision fâcheuse. « La théorie de l'accession se justifie par le désir de soumettre à un statut uniforme un bien constitué par la réunion d'éléments désormais étroitement incorporés les uns aux autres, mais ce principe ne nous dit pas nécessairement quel est celui de ces deux éléments qui absorbe l'autre¹². » A cette fin, on utilise la distinction du principal et de l'accessoire. Quand il s'agit d'immeubles, le rôle particulier du sol évite toute difficulté à cet égard. Il y a toujours un rapport d'accessoire à principal. S'agissant de meubles, il n'est pas certain qu'un tel rapport existe. Comme on pose en principe qu'il faut échapper à l'indivision, la comparaison quantitative prend le relais. La méthode n'est pas choquante, car toute se situe sur le plan des moyens permettant d'obtenir une solution pratique.

Le problème n'est pas placé sur le terrain logique, où la comparaison quantitative ne servirait de rien, mais sur celui d'un conflit d'intérêts qu'il faut régler équitablement. L'article 565 est formel à cet égard. Dans ce conflit d'intérêts, les considérations d'ordre pécuniaire ont naturellement une place éminente.

C'est d'ailleurs pour des considérations d'équité que la comparaison joue encore un autre rôle, non plus, cette fois, pour combler les lacunes de la maxime *accessorium sequitur principale*, mais pour en corriger les effets excessifs : selon l'article 568, en effet : « Néanmoins, quand la chose unie est beaucoup plus précieuse que la chose principale, et quand elle a été employée à l'insu du propriétaire, celui-ci peut demander que la chose unie soit sépa-

11. *Supra*, n° 221 s.

12. P. Raynaud, note sous Douai, 26 janvier 1948, *S.*, 1949, 2, 3.

rée pour lui être rendue, même quand il pourrait en résulter quelque dégradation de la chose à laquelle elle était jointe. » La solution rejoint alors celle du droit romain¹³. Mais on remarquera que le Code ne va pas jusqu'à renverser la règle de l'accessoire. Elle est seulement neutralisée. Ce n'est que lorsque la séparation est impossible que les articles 571 et 574 font quelque place à l'adage *major pars trahit ad se minorem*.

Eléments réunis au sein d'un ensemble unique, conflit d'intérêts, besoin de simplicité pratique, considérations d'équité... les circonstances étaient très favorables à l'emploi du système quantitatif. Pourtant, la place qui lui est faite dans le régime de l'accession mobilière est très réduite. On est encore loin de la substitution du quantitatif au qualitatif. Mais la méthode de comparaison des valeurs est introduite dans le jeu de la règle de l'accessoire.

Un degré est franchi lorsque, tout en étant bien distinguées, les deux conceptions de l'accessoire sont invoquées côte à côte, sur un pied d'égalité.

B. — L'utilisation simultanée des deux notions d'accessoire

335. — La « quantification »... se « rencontre, au premier rang, dans la constitution du droit pénal où... les éléments des délits sont de plus en plus érigés en des critères catégoriques et inflexibles¹⁴. On en trouve un exemple touchant le critère de l'accessoire dans la réglementation des ventes avec primes.

Ces pratiques commerciales sont dangereuses : les acheteurs multiplient leurs achats au-delà de leurs besoins pour obtenir des primes, souvent sans utilité ; les commerçants se trouvent, par le jeu de la concurrence, entraînés dans le cycle sans fin d'une surenchère continuelle dans les primes proposées et l'incorporation de la valeur de ces primes au prix des marchandises provoque la hausse de leur cours. Aussi, la loi du 20 mars 1951 a-t-elle prohibé les ventes avec primes. Les décrets du 19 novembre 1951, puis du 5 août 1961, malgré quelques amputations dues au contrôle du Conseil d'Etat¹⁵, apportèrent les précisions nécessaires à son application. Il en ressort que ne sont pas visées par l'interdiction, la fourniture « des récipients ou emballages usuels contenant la mar-

13. Cf. Demolombe, X, n° 136 s.

14. F. GénY, *Science et technique*, III, n° 197, p. 61.

15. Le Conseil d'Etat a annulé plusieurs dispositions du décret du 19 septembre 1951, qui excédaient les limites du pouvoir réglementaire (Cons. Etat, 1^{er} juin 1956, Soc. d'approvisionnement, vente et publicité, *J.C.P.*, 1957, II, 9749, note J. HémarD ; S., 1958-64). Le décret du 5 août 1961 a connu un meilleur sort : le Conseil d'Etat en a admis la légalité sauf dans une de ses dispositions (Cons. Etat, 8 mai 1964, Soc. « La verrerie cristallerie d'Arques, G. Durand et Cie » et « Association nationale pour la défense du commerce », *J.C.P.*, 1964, II, 13733, note J. HémarD).

chandise vendue et des accessoires qui accompagnent normalement cette marchandise », ni la distribution de menus objets de faible valeur, spécialement conçus pour la publicité. Des précisions ont été apportées par les textes réglementaires à cette dernière disposition : le décret de 1951 avait fixé la limite de cette valeur à 15 % de celle des objets vendus et le Conseil d'Etat avait considéré que cette fixation d'un maximum était régulière. Le décret de 1961 s'est borné à dire que ces objets doivent être de « faible valeur intrinsèque » et si les marchandises vendues sont elles-mêmes de faible valeur, les menus objets en question ne peuvent dépasser 5 % du prix départ usine desdites marchandises.

Ces dérogations évoquent une application de la règle de l'accessoire que nous avons déjà rencontrée : l'accessoire, en principe prohibé, échappe à l'interdiction légale parce que ses caractères — et en particulier les services qu'il rend au principal — rendent sans motifs les foudres de la loi à son égard¹⁶. Sans doute, en matière pénale, le raisonnement appuyé sur la maxime *accessorium sequitur principale* serait-il insuffisant. Mais un tel raisonnement a certainement inspiré les auteurs des textes.

336. — Il faut surtout noter ici qu'à côté des accessoires *stricto sensu* — ce qui comprend, bien que le texte les distingue, les réipients ou emballages¹⁷ — figurent des objets dont la faible valeur par rapport à celle des marchandises rend licite la distribution à titre de prime. Dans un cas comme dans l'autre, les dangers des ventes avec primes sont sérieusement atténués.

Une fois encore, les circonstances étaient favorables à l'introduction d'une limite quantitative fixe : d'une part, il n'y a aucune difficulté à relier la vente des marchandises et la distribution des primes. D'autre part, la rigidité de la méthode est tout à fait conforme aux exigences du droit pénal. Les incriminations doivent être précises, avec des contours nettement définis. On admet parfaitement dans ce domaine qu'un seuil, au besoin chiffré arbitrairement par le législateur, soit fixé, au-delà duquel commence le délit.

Les avantages du procédé sont tels qu'il n'est guère douteux qu'il influence l'appréciation du rapport d'accessoire à principal au sens strict auquel se réfère parallèlement le texte. En principe, les deux dispositions sont distinctes. La limite de valeur précisée par voie réglementaire n'a pas pour objet de fixer la frontière au-delà de laquelle les accessoires proprement dits cesseraient d'être accessoires. Théoriquement, la livraison de tels accessoires, quel qu'en soit le prix, est licite. Et cependant, pense-t-on que les juges seront indifférents à la comparaison des valeurs ? Déjà le décret de 1961 prend soin de préciser, ce que ne faisait pas le texte de 1951, que les réipients et emballages doivent être « d'un type ou d'un usage

16. *Supra*, n° 113 s.

17. Cf. H.L. J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, III, n° 940.

courant », « afin de prévenir la fraude consistant à fournir des récipients dont la valeur est hors de proportions avec le contenu et qui constituent une prime déguisée¹⁸ ». Il serait contraire à l'esprit du texte d'admettre la fourniture, à titre de prime, d'accessoires de grande valeur. Mais pour frapper une telle opération il faudrait dire qu'il ne s'agit pas d'accessoires, bien que, en théorie, la comparaison des prix ne soit pas déterminante du rapport d'accessoire à principal. On peut même penser que la fixation réglementaire d'une limite pour les primes publicitaires donne un ordre de grandeur des proportions acceptables.

Il serait facile de réduire la marge d'appréciation qui, pourtant, apporte une souplesse utile¹⁹.

L'attrayante simplicité du système quantitatif lui donne un dynamisme qui tend à prévaloir sur l'analyse qualitative du rapport d'accessoire à principal.

C. — L'utilisation exclusive du critère quantitatif

337. — La complète substitution du quantitatif au qualitatif s'explique toujours par la pression des besoins pratiques : le choix de la forme de « quantification » permettant d'atteindre la solution simple et ferme recherchée se fonde le plus souvent sur « une vraisemblance approximative établie au besoin par la statistique²⁰ ». La plupart des accessoires proprement dits sont de valeur inférieure au principal. Cette différence de valeur peut, très souvent, être utilisée comme indice du rapport d'accessoire à principal. Se contenter de cet indice et le hausser au rang de critère de l'accessoire transforme profondément la notion, mais respecte certainement la « vraisemblance ».

Qu'une situation complexe se présente, la règle de l'accessoire s'offre à la simplifier. Si l'établissement d'un véritable rapport d'accessoire à principal est difficile, n'est-il pas naturel de songer à la conception quantitative de l'accessoire pour invoquer la règle ?

En voici un exemple : le régime des prestations familiales varie selon que l'allocataire est salarié, employeur ou travailleur indépendant. Lorsqu'une même personne exerce à la fois une activité salariée et une activité non salariée, la question se pose de savoir à quelles prestations elle a droit et quel en est l'organisme

18. H. Guérin, « Les ventes avec primes et le nouveau décret du 5 août 1961, portant application de la loi du 20 mars 1951 prohibant ce système de ventes », *J.C.P.*, 1961, I, 1649.

19. « ... Même lorsqu'elle apparaît nécessaire dans son principe, la « quantification » des éléments juridiques n'est pas toujours absolue. Et les exigences pratiques, bien comprises, demandent parfois qu'elle s'atténue ou se corrige par une certaine place, laissée à côté d'elle et pour sa mise en œuvre, à l'appréciation individuelle des cas particuliers... » (F. Gény, *Science et Technique*, III, n° 197, p. 63.)

20. *Ibid.*, p. 61.

débiteur. Faire jouer ensemble deux régimes, proportionnellement à chaque partie de l'activité de l'intéressée serait très compliqué. Il est pratiquement beaucoup plus satisfaisant d'utiliser la solution de la règle de l'accessoire. Aussi, l'article 2 du décret du 10 décembre 1946 décidait-il : « Bénéficient des prestations familiales en qualité d'employeurs ou de travailleurs indépendants, les personnes physiques... qui exercent à titre principal une activité non salariée... »

« A titre principal » évoque la maxime *accessorium sequitur principale*. L'accessoire et le principal ne s'y déterminent pas seulement par une comparaison quantitative et la jurisprudence ne s'en est pas tenue à l'examen de l'importance des revenus respectifs tirés des deux activités²¹. Mais il est bien délicat, on l'a vu, d'établir un rapport d'accessoire à principal entre deux activités²².

Les décrets du 7 juin 1957 et 27 septembre 1958 sont intervenus à propos de l'allocation dite « de la mère au foyer » attribuée aux chefs de famille travailleurs indépendants dont le conjoint ne bénéficie pas d'un revenu professionnel distinct. Cette prestation leur est servie si leur « principal revenu » provient de l'exercice de cette activité non salariée. Les salariés ayant droit à une allocation différente, dite « de salaire unique », les textes prévoient qu'« en cas d'activités multiples exercées par un même allocataire, la nature de la prestation « allocation de la mère au foyer » ou « allocation de salaire unique », ainsi que l'organisme débiteur, sont déterminés par l'activité principale ». La Cour de cassation a considéré que l'expression « activité principale » devait alors s'entendre par référence au « principal revenu » visé par les mêmes textes : « Attendu que si l'article 14 du décret du 7 juin 1957 emploie l'expression « activité principale » pour qualifier l'activité qui déterminera la nature de la prestation due à l'intéressé, cette expression doit être prise non comme instituant un mode d'appréciation différent, mais comme désignant, au sens de l'article premier de la loi du 11 décembre 1956 et en accord avec le principe du revenu principal posé par ledit article, l'activité qui procure ce revenu²³. » Or, il est assez clair que « le principal revenu » doit s'entendre du revenu le plus important en valeur²⁴.

On est ainsi passé du qualitatif au quantitatif, de *accessorium sequitur principale* à *major pars trahit ad se minorem*. Evolution assez heureuse, tous comptes faits, car, en cette hypothèse, il importe plus d'obtenir une décision simple que d'apprécier avec

21. 2^e Civ., 16 juillet 1959, D., 1959, 511, note G. Pochon.

22. *Supra*, n^{os} 310 s.

23. 2^e Civ., 5 décembre 1963, D., 1964, 396.

24. L'importance des revenus procurés n'est pas le seul critère quantitatif possible. On peut aussi réputer accessoire l'activité qui n'exige de celui qui s'y livre qu'un travail peu important. L'appréciation quantitative du caractère accessoire de l'activité dépend alors essentiellement de la durée du travail. (Cf. P. Voirin, note sous 1^{re} Civ., 11 mai 1966, D., 1967, 157.)

doigté de délicates nuances²⁵. Ce dont on a besoin surtout c'est d'une règle de maniement facile, déterminant de façon quasi-automatique un choix entre deux solutions qui, l'une et l'autre, *a priori*, se valent.

Il n'est pas question d'inventorier minutieusement les cas d'application législative du procédé. Les brèves indications qui se dégagent de quelques exemples d'utilisation d'une conception quantitative de l'accessoire permettent déjà de discerner un certain nombre de conditions favorables au passage du qualitatif au quantitatif.

Ces conditions sont le plus souvent réunies lorsqu'on songe à la règle de l'accessoire à propos de la qualification d'un ensemble complexe. Si on peut trouver ici ou là des circonstances permettant à l'adage *major pars trahit ad se minorem* de s'insinuer aux côtés de la maxime *accessorium sequitur principale*, voire de s'y substituer, le véritable domaine de la transformation de la notion d'accessoire est le secteur des qualifications²⁶. C'est là que se manifeste le plus nettement la seconde forme de « réduction » : l'élimination artificielle de la catégorie de l'élément de plus faible valeur.

SECTION 2. — *La réduction opérée par la règle major pars trahit ad se minorem dans les qualifications*

338. — Avec le problème de l'intervention du critère mathématique de l'accessoire dans les questions de qualification, nous retrouvons un terrain déjà défriché. Nous avons, en effet, discuté du rôle de la maxime *accessorium sequitur principale* en cette matière²⁷. Il nous suffit maintenant de compléter le tableau en exposant le jeu de l'autre forme que revêt ici la règle de l'accessoire : *major pars trahit ad se minorem*.

25. Encore faut-il que le besoin de simplification soit assez puissant. Cf. Cons. Etat, 2 juillet 1965, *J.C.P.* 1965, II, 14370 conclusions F. Lavondes.

26. Déjà, notre dernier exemple soulève une question de qualification : L'activité globale de l'intéressé doit-elle être rangée dans la catégorie d'une activité salariée ou non salariée ? Mais ce genre d'hypothèses ne permet guère au mécanisme de la règle de l'accessoire dans les qualifications de fonctionner, faute d'une définition très précise des catégories en présence (*supra*, n° 312) et c'est sur l'interprétation d'un texte utilisant la règle de l'accessoire que s'effectue la transformation de la notion d'accessoire.

Il faut envisager de façon un peu plus détaillée la question de qualification en présence d'un ensemble aux contours nets. C'est en effet dans ces conditions que la maxime *accessorium sequitur principale* peut jouer assez largement (*supra*, n° 137 s.). Si la règle *major pars trahit ad se minorem* peut lui être substituée, c'est un vaste champ d'action qui s'ouvre au système quantitatif.

27. *Supra*, n° 137 s.

Notre tâche va s'en trouver considérablement simplifiée : une étude complète du jeu de la règle quantitative de l'accessoire dans ce secteur devrait comprendre, au même titre qu'une partie *positive* expliquant le rôle de la méthode de comparaison des valeurs, une importante partie *négative* écartant les nombreuses hypothèses où il est fait à tort appel à ce système pour justifier des solutions du droit positif. Or, cette partie négative, nous l'avons déjà exposée en restituant à la maxime *accessorium sequitur principale* son véritable domaine. On ne peut en effet aborder l'examen du mécanisme de la règle de l'accessoire dans l'opération de qualification d'un ensemble unique indivisible sans immédiatement remarquer que la façon même dont se pose la question est extrêmement favorable à la maxime *major pars trahit ad se minorem*. L'accessoire et le principal sont les éléments constitutifs d'un tout. Le lien qui les unit étant ainsi donné, leur hiérarchie passe au premier plan. Une différence de valeur n'établit-elle pas une hiérarchie entre la *major pars* et la *minor pars* ? Cela reconnu, c'est en toute connaissance de cause que nous avons écarté le système quantitatif dans une série d'exemples où il n'est invoqué que par suite de la confusion entre les deux conceptions.

C'est là un point extrêmement important, car il permet de situer exactement la règle *major pars trahit ad se minorem*. Son domaine est, actuellement, beaucoup moins vaste qu'il pourrait paraître à première vue. Mais il reste vrai que, théoriquement, elle trouve en matière de qualification d'un ensemble indivisible un terrain presque idéal. Seulement, sachant que nombre de solutions s'expliquent sans faire appel au système quantitatif, il n'est pas besoin de composer avec ses exigences pour l'adapter tant bien que mal à la manière dont se présentent, en droit positif, les résultats qu'il est censé justifier.

Remis à sa place, le mécanisme apparaît plus « pur ». Il est possible d'analyser sans concession ses caractères et de comprendre ce que signifie le recours à cette méthode. Un tel examen est capital : il permet de préciser non seulement le fonctionnement du procédé, mais aussi les conditions légitimes de son utilisation.

On peut, à partir de là, s'expliquer comment, sans se confondre avec la maxime *accessorium sequitur principale*, l'adage *major pars trahit ad se minorem*, s'introduit dans la technique des qualifications. Ses applications pratiques incontestables sont encore limitées, mais, nous l'avons dit, la substitution du quantitatif au qualitatif est dotée d'évidentes vertus d'expansion²⁸. Peut-être une vision lucide des caractéristiques de la règle contribuera-t-elle à freiner les tendances à l'excessive généralisation de ce système de simplification par voie d'« élimination artificielle des conditions juridiques des règles ».

28. *Supra*, n^{os} 331, 332.

Nous examinerons donc les caractères généraux de la règle *major pars trahit ad se minorem* jouant en matière de qualification, avant d'envisager ses applications pratiques les plus importantes.

§ 1. — Les caractères généraux de la règle *major pars trahit ad se minorem* jouant en matière de qualification.

Le critère quantitatif de l'accessoire réduit à l'extrême les possibilités d'appréciation. C'est à la fois le défaut majeur et la qualité essentielle du procédé. Souvent, la rigidité de la méthode effarouche et l'on cherche des assouplissements dans la détermination de la *major pars* et de la *minor pars*. Peine perdue. C'est la première caractéristique de la règle de s'appliquer sans nuances. La solution est brutale, mais elle est simple et sûre. La distinction quantitative du principal et de l'accessoire ne peut se fonder que sur les avantages pratiques de la rigueur d'une solution dont l'arbitraire initial évite ensuite de multiples appréciations arbitraires. Il faut une limite nette et, à défaut d'une frontière précisée par la loi, l'accessoire doit être déterminé par la comparaison simple des valeurs des éléments en présence.

Affadir la règle serait un remède pire que le mal. Loin d'évoquer la soumission naturelle de l'accessoire au principal, l'adage *major pars trahit ad se minorem* évoque un conflit, tranché d'autorité. C'est dans la détermination des caractéristiques des litiges que la règle quantitative de l'accessoire peut être appelée à résoudre que l'on pourra plus utilement fixer les conditions qui rendent le procédé acceptable.

A. — La rigidité de l'adage *major pars trahit ad se minorem*

339. — Dans nombre d'hypothèses, *accessorium sequitur principale* et *major pars trahit ad se minorem* se rencontrent pour la détermination de l'accessoire et du principal : le plus souvent, la soulte « ajoutée » pour équilibrer un échange et le compléter est de valeur inférieure à celle du bien auquel elle se joint. Il est rarissime que l'on puisse raisonnablement considérer que le « donateur » qui impose l'exécution d'une charge à son profit dont le montant dépasse celui du bien qu'il transmet n'accomplit pas, en réalité un acte à titre onéreux... Les conditions de mise en œuvre de l'un et l'autre adage sont alors réunies.

Sans doute, la maxime *accessorium sequitur principale* est-elle plus exigeante, puisqu'une simple différence de valeur ne suffit pas, en principe, à la déclencher. Mais l'analyse plus fine et plus souple quelle suppose est bien souvent impossible à mener en pratique. Il faut, nous l'avons vu, rechercher à quel titre les différents éléments ont été intégrés dans la convention ce qui permet de savoir s'ils se trouvent sur un même plan ou si l'un n'est qu'ajouté à l'autre comme accessoire. Or, pour cette recherche de l'intention véritable

des parties, la différence de valeur entre les éléments, surtout si elle traduit une disproportion importante, est un *indice* extrêmement précieux. Il arrive même que cet indice soit le seul dont on puisse tirer parti pour déterminer le rôle de chacun des éléments composant le contrat.

Pour faire de cet indice le *critère* de l'accessoire, il n'y a qu'un pas à franchir. Il est considérable. En dépit des apparences, rares sont ceux qui, finalement, s'y décident. Certes, verbalement, la majorité de la doctrine se déclare, au moins pour les questions de qualification, en faveur d'une méthode quantitative. Mais au fond, bien peu vont jusqu'au bout du système.

Presque tout le monde est d'accord pour faire jouer la règle de l'accessoire en présence d'une très grande différence de valeur entre les éléments considérés. C'est « le bon sens ».

Mais lorsque cette différence s'amenuise pour n'atteindre que quelques francs, voire quelques centimes, les positions sont moins nettes, des divergences se manifestent. Certains, avec Pothier²⁹ abandonnent la règle de l'accessoire pour admettre une qualification mixte, réservant expressément la maxime *major pars trahit ad se minorem* aux hypothèses où la valeur de l'élément accessoire est insignifiante. « Il est légitime, écrit à ce propos M. le doyen Rodière, d'employer dans les sciences sociales le procédé de la « quantité négligeable » si utile à la formulation des hypothèses dans les sciences expérimentales³⁰ ». D'autres ne se décident pas à préconiser une qualification mixte, mais reculent devant un critère rigoureusement mathématique et prennent soin d'assouplir le système en parlant de « prépondérance plus que de majorité³¹ » sans bien expliquer ce que signifient en pratique ces précautions terminologiques.

En réalité, les auteurs, quoiqu'ils en disent, n'adoptent pas le critère quantitatif de l'accessoire dès lors qu'ils ne l'appliquent avec certitude que dans les hypothèses de déséquilibre extrême. Ces hypothèses sont celles où la comparaison des valeurs est un indice à peu près infaillible du rôle assigné par les parties aux éléments de leur convention. Mais c'est de la maxime *accessorium sequitur principale* qu'il s'agit. L'accessoire est un complément ajouté au principal. C'est parce qu'aucun homme raisonnable ne considère comme un simple supplément une partie du contrat qui lui coûte ou lui rapporte dix fois plus que la « principale » que le bon sens

29. Traité du louage, éd. Bugnet, IV, n° 394 ; Traité de la communauté, éd. Bugnet, VII, n° 197. — Les auteurs partisans de ce système sont nombreux (cf. les références citées par les commentateurs de l'arrêt Civ., 30 octobre 1950, *D.*, 1950, 753, note R. Lenoan ; *J.C.P.*, 1951, II, 6016 note P. Raynaud).

30. Beudant-Lerebours-Pigeonnière, t. XII par Rodière et Percerou, n° 182, p. 198.

31. V. par exemple M. Lauriol, *La subrogation réelle*, thèse, Alger, 1952, n° 285, t. I, p. 318.

s'accorde dans ce cas, avec les résultats de la comparaison quantitative.

Nous n'osons pas soutenir que le « procédé de la quantité négligeable » est inapplicable et inappliqué en droit, encore que l'on rencontre certainement plus de « qualités négligeables », la méthode juridique ne pouvant tenir compte de toutes les nuances de la vie. On peut, en tout cas, douter que la « quantité » que représente la soulte ou une charge soit effectivement négligée, puisqu'au contraire il en est tenu compte lorsque le contrat est envisagé d'un point de vue quantitatif³². Mais l'idée qu'un rôle primordial n'est pas conféré à un élément de valeur infime est parfaitement exacte. La « quantité négligeable » est l'indice de la qualité de l'accessoire au sens strict.

L'embarras des auteurs en présence d'une très faible différence de valeur révèle qu'ils ne sont pas fidèles au système quantitatif qu'ils accueillent. « Faut-il véritablement considérer comme un échange le contrat dans lequel un bien de 100 000 F est cédé moyennant un autre bien de 49 000 F et une soulte de 51 000 F³³ ? » Les réponses à de telles questions se dissolvent généralement en des périphrases qui ne résolvent rien. Pourtant, si l'on applique la maxime *major pars trahit ad se minorem*, il ne doit y avoir aucun doute : si la « soulte » dépasse, ne serait-ce que d'un centime la moitié de la valeur du bien obtenu en contrepartie, c'est elle la *major pars* ; ce n'est plus une soulte, mais un prix, le contrat est une vente pour le tout.

340. — C'est ici que se séparent nettement, en pratique, *accessorium sequitur principale* et *major pars trahit ad se minorem*.

L'infime différence de valeur n'est plus un indice sûr permettant de déterminer à quel titre les éléments ont été introduits dans la convention. Chacun d'eux peut-être le complément de l'autre. L'un ou l'autre peut-être un accessoire ; il se peut que ni l'un ni l'autre ne le soit. Il faut, pour savoir si la maxime *accessorium sequitur principale* joue, rechercher, à l'aide d'autres indices, l'intention des parties. Le contrat peut être une vente, un échange avec soulte, ou une « convention mêlée de vente et d'échange ». Tout dépend des résultats de l'analyse des volontés. Les indications de la comparaison des valeurs peuvent être contredites par d'autres facteurs, le « bon sens » ne s'y oppose plus.

Au contraire, si l'on adopte une conception quantitative de l'accessoire, la différence de valeur n'est plus un indice parmi d'autres ; c'est le critère de l'accessoire. Pourquoi alors conserver des scrupules ? Un centime de différence détermine une *major pars* et une *minor pars*. La solution choque-t-elle par sa brutalité et son arbitraire ? La règle *major pars trahit ad se minorem* est brutale

32. *Supra*, n^{os} 164 s.

33. F. Terré, thèse, n^o 102.

et arbitraire ; il ne peut en être autrement. Croirait-on y échapper en exigeant une disproportion « notable » ? « Mais *quo usque tandem* ³⁴ ? » Si l'on admet un critère quantitatif de l'accessoire il faudra fixer une limite. A quelle fraction de la valeur de l'ensemble s'arrêtera-t-on ? Pourquoi plus $1/4$, $1/3$ ou $1/10$ que la moitié ? La définition d'un seuil est nécessairement arbitraire et, faute de disposition légale, personne ne s'y risque. D'ailleurs, quel que soit le taux retenu, accessoire en deçà, élément essentiel au delà, une différence d'un centime en plus ou en moins sera toujours déterminante. Et puisqu'il faut prendre son parti de la rigidité inhérente à cette méthode de détermination de l'accessoire, il faut considérer que, sauf précision apportée par la loi, la ligne de partage passe exactement par la moitié de la valeur de l'ensemble composé de deux éléments. L'adage *major pars trahit ad se minorem* ne demande pas d'aménagement plus subtil.

341. — La rigueur aveugle de la méthode arithmétique a évidemment quelque chose de choquant. Est-il besoin d'insister ? Le procédé offre toujours une solution pratique simple, sauf dans un cas : celui de l'égalité rigoureuse des deux éléments en présence. Hypothèse d'école, peut-être, mais nullement irréalisable et qu'il faut bien envisager. Adoptera-t-on, dans ce cas extrême, une qualification mixte ou fera-t-on jouer dans un sens ou dans un autre le mécanisme d'attraction en cherchant des raisons de décider ailleurs que dans la comparaison des valeurs, inefficace ici ? Quelle que soit la solution à laquelle on s'arrête, il faut bien donner une réponse. Comment se fait-il que cette solution, vraie si les deux éléments sont de valeur strictement égale, doive céder si l'on peut découvrir entre eux la plus minime différence quantitative ?

Il ne faut pas chercher à justifier rationnellement le critère mathématique de l'accessoire. D'ailleurs, comment pourrait-on, en logique, expliquer l'attraction exercée par l'élément de plus grande valeur ? Ce n'est pas un raisonnement que l'adage *major pars trahit ad se minorem* exprime, mais la solution d'un conflit, d'une lutte qui se termine par le triomphe du plus fort. Telle est l'utilité de la règle.

B. — L'utilité de la règle *major pars trahit ad se minorem*

342. — Brutal et grossier, le procédé de la comparaison des valeurs doit-il être rejeté ? Tout ne peut se régler en droit par le raisonnement logique. Il faut satisfaire aux besoins pratiques et, à ce titre, le système arithmétique est une technique parfois utile. Mais sa généralisation risque d'être dangereuse. Prendre conscience de ses défauts, en évitant surtout de lui prêter les caractères de

34. G. Lagarde, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1948, p. 57.

la maxime *accessorium sequitur principale*, conduit à le maintenir dans des bornes acceptables.

Si la règle *major pars trahit ad se minorem* ne peut, en effet, être limitée de l'intérieur, le critère quantitatif de l'accessoire n'étant, par hypothèse, pas susceptible d'assouplissements, il faut fixer les conditions de son emploi légitime.

Cette forme de la règle de l'accessoire propose la solution d'un conflit ; elle ne peut se justifier que par la nécessité pratique impérieuse de trancher le débat. Ce conflit est, dans notre hypothèse, un conflit de qualifications. Mais il ne doit pas se poser sur un plan théorique. Le heurt de principes juridiques ne présente généralement pas une acuité suffisante pour que l'on se résolve à imposer une solution par une technique de force. On préférera nuancer, combiner, voire se borner à prendre acte de la difficulté sans la résoudre. Mais la pression des besoins pratiques exige des situations claires. Le conflit de qualification, s'il se pose concrètement, recouvre un conflit d'intérêts. On aperçoit alors un domaine où le système quantitatif n'est plus si choquant. La comparaison des valeurs n'apparaît plus comme une appréciation des caractères juridiques des différents éléments. Elle se présente comme une pesée simplifiée d'intérêts opposés.

343. — Il faut aller plus loin et préciser davantage les conditions dans lesquelles un tel conflit peut-être résolu grâce à l'adage *major pars trahit ad se minorem*. L'aperçu que nous avons donné du passage du qualitatif au quantitatif permet de discerner quelques directives à cet égard.

— Juridiquement, deux qualifications doivent être possibles. On pourrait songer à les appliquer distributivement aux différentes fractions de l'objet de la qualification. La règle de l'accessoire assortie du critère mathématique de l'accessoire effectue un choix entre les deux catégories ; choix arbitraire, certes, mais qui est moins choquant si l'on considère qu'il s'opère entre deux solutions qui, *a priori*, se valaient.

— Si l'une ou l'autre des catégories peut être retenue, il faut aussi que l'une ou l'autre puisse être éliminée. Tel n'est pas le cas, si des règles d'ordre public s'attachent à certaines caractéristiques d'un des éléments découverts par l'analyse³⁵.

— Pour se décider à opter pour l'une des deux qualifications et l'appliquer à l'ensemble, il faut un impérieux besoin de simplicité. Si deux catégories peuvent être envisagées, la solution logique serait de donner à l'ensemble une qualification mixte. La pratique ne peut toujours s'en accommoder et il faut parfois trancher l'écheveau des difficultés suscitées par un trop grand souci des nuances. Le refus *a priori* de la double qualification est le « moteur » de l'adage *major pars trahit ad se minorem*. Il y a conflit et ce conflit

35. Cf. P. Voirin, note sous Paris, 14 mai 1963, *D.*, 1965, 179.

ne peut laisser les adversaires sur leurs positions ; il faut un vainqueur.

— Ceci débouche sur une autre condition, moins impérieuse que les autres. On admettra plus volontiers qu'une seule catégorie soit finalement retenue si les intérêts représentés par la qualification éliminée ne sont pas complètement écrasés et s'il existe d'autres moyens de les satisfaire, au moins dans une certaine mesure. Alors le prix de la simplicité que procure le critère quantitatif de l'accessoire ne paraît pas excessivement élevé.

Ces quelques indications permettent de comprendre comment un procédé aussi grossier peut trouver place dans notre droit. Il faut délibérément se placer sur un terrain où les intérêts pratiques dominent et où la simplicité offre plus d'avantages que la subtilité des nuances.

Ceci posé, on comprend que le choix entre deux solutions également possibles et qui peuvent l'une comme l'autre trouver les mêmes appuis sur le plan juridique, soit opéré par la comparaison rigide et aveugle des valeurs. Une différence d'un centime en plus ou en moins fait basculer la qualification de l'ensemble d'un côté ou d'un autre ? Qu'importe, puisque l'une comme l'autre catégorie ont rationnellement autant de titres à être invoquées. L'hypothèse de la qualification mixte étant éliminée d'autorité, il est finalement moins arbitraire de poser un critère objectif simple déterminant la qualification retenue, que de s'en remettre au hasard ou à l'inspiration du juge. D'autant plus que, bien souvent, l'adage *major pars trahit ad se minorem* a l'avantage de rencontrer la maxime *accessorium sequitur principale* et qu'alors la logique est satisfaite autant que les besoins pratiques.

344. — On peut d'ailleurs hésiter sur la façon dont doivent être organisés les rapports entre les deux aspects de la règle de l'accessoire. Le système quantitatif peut-être invoqué seulement à titre subsidiaire, lorsqu'on ne découvre aucun rapport d'accessoire à principal au sens strict. On peut aussi lui attribuer un domaine plus large en le substituant purement et simplement à la maxime *accessorium sequitur principale*. En l'absence de texte, la première solution semble s'imposer. En effet, pour que l'adage *majors pars trahit ad se minorem* ne heurte pas trop le bon sens, il faut que l'une et l'autre des catégories entre lesquelles il opère un choix soient toutes deux juridiquement susceptibles d'être retenues. Or, lorsqu'un élément n'est qu'ajouté à titre d'accessoire, il est neutre au regard de la qualification et, seule, la catégorie à laquelle ressortit l'élément principal est utilisable³⁶. La maxime *accessorium sequitur principale* ne fonctionne que lorsqu'il n'y a pas de

36. *Supra*, n^{os} 143 s.

conflit de qualifications. La méthode quantitative suppose, au contraire, un tel conflit.

Nous préférons cependant la complète substitution de *major pars trahit ad se minorem* à *accessorium sequitur principale*. La raison majeure en est évidemment l'avantage d'une solution simple et uniforme, évitant les délicates recherches d'intention. D'ailleurs, la plupart du temps, les solutions conformes à *accessorium sequitur principale* sont aussi celles auxquelles aboutit *major pars trahit ad se minorem* si bien que le nombre de cas où la règle logique devrait céder au système quantitatif contraire serait finalement très réduit. De plus, l'élément accessoire n'est hors d'état de déclencher la qualification qu'en raison du rôle que les parties lui ont assigné dans l'économie de la convention. Or, l'adoption du critère mathématique de l'accessoire conduit à se placer à un tout autre point de vue, à peser les intérêts, non à scruter les intentions.

345. — Quelle que soit la solution adoptée quant aux rapports entre *accessorium sequitur principale* et *major pars trahit ad se minorem*, le domaine du système quantitatif est plus large, en ce qu'il exclut toute possibilité d'une qualification mixte. C'est là plus qu'un effet de la règle, c'est, dans une large mesure, sa raison d'être. C'est pourquoi le problème soulevé par l'égalité rigoureuse entre les éléments en présence ne doit pas être résolu par l'adoption d'une double qualification. La seule idée qui peut justifier la consécration du système arithmétique en dépit de ses graves défauts est le besoin pratique d'obtenir une qualification simple. Ce besoin reste le même lorsque la comparaison des valeurs, exceptionnellement, se révèle inefficace. Evidemment, en logique, il n'y a aucune raison de choisir une catégorie plutôt que l'autre. Mais, par hypothèse, on ne cherche plus les solutions par la voie de la logique. Et puisque c'est un conflit d'intérêts qui pousse à adopter le principe du critère mathématique de l'accessoire, on s'en remettra, lorsque les deux éléments sont exactement de même valeur, à l'arbitraire du juge pour apprécier quel est celui des intérêts en présence qui doit prévaloir. La qualification suivra. Proposition choquante ? Mais puisque nous sommes dans une matière où nous posons que l'adage *major pars trahit ad se minorem* s'applique dès qu'une différence de valeur apparaît, il faut supposer que les deux catégories en conflit ont la même vocation à être retenues. Il n'est alors guère plus choquant d'autoriser le juge à puiser dans les circonstances de la cause des indications lui permettant de déterminer quel est l'intérêt prépondérant, que de s'en remettre à la plus infime différence de valeur. Certes, la sécurité est alors moins grande, mais aussi le cas sera bien rare, à tel point qu'on serait bien en peine de citer des exemples pratiques de stricte égalité entre les éléments considérés.

346. — Le simple énoncé des conditions dans lesquelles le

recours au critère arithmétique de l'accessoire se justifie, désigne à la règle *major pars trahit ad se minorem* un champ d'action privilégié : la question de qualification peut commander le sort d'un bien. C'est le cas dans les régimes matrimoniaux où faire entrer un bien dans la catégorie des propres ou des biens communs règle une question de propriété. Alors, on est en présence d'un conflit d'intérêts d'ordre pécuniaire que la règle de l'accessoire peut résoudre. Il n'est pas étonnant que ce secteur soit celui dans lequel les avancées du droit positif en faveur du système quantitatif sont les plus nettes.

Il est beaucoup moins sûr que la méthode ne dégénère pas si l'on veut l'employer largement pour la qualification des contrats. Il est alors bien plus difficile de discerner nettement un conflit assez aigu pour justifier l'emploi du critère mathématique de l'accessoire. La règle *major pars trahit ad se minorem* est toujours une arme contre les qualifications mixtes, mais son emploi se révèle délicat.

Nous allons examiner ces deux points.

§ 2. — La qualification d'un bien et la règle *major pars trahit ad se minorem* (le sort d'un bien d'origine à la fois propre et commune sous un régime de communauté).

347. — Depuis la loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, il n'est plus exact de dire qu'en cette matière « la règle *major pars trahit ad se minorem* n'est formulée expressément par aucun texte³⁷ ». Le nouvel article 1407 dispose en effet « le bien acquis en échange d'un bien qui appartenait en propre à l'un des époux est lui-même propre, sauf la récompense due à la communauté ou par elle, s'il y a soulte. Toutefois, si la soulte mise à la charge de la communauté est supérieure à la valeur du bien cédé, le bien acquis en échange tombe dans la masse commune sauf récompense au profit du cédant ».

Nous avons déjà fait allusion à ce texte et évoqué les discussions soulevées par l'application de la disposition qu'il remplace³⁸. Mais le problème sur lequel nous raisonnions alors était celui de la qualification du *contrat* d'échange avec soulte. L'éclairage change quelque peu lorsqu'on envisage au premier chef le sort du *bien* obtenu : le conflit d'intérêts occupe le premier plan et l'adage *major pars trahit ad se minorem* se présente sous un jour plus favorable. Les deux questions sont évidemment étroitement liées. La preuve en est que la jurisprudence que nous avons citée en discutant de la qualification du contrat était intervenue à propos de l'application de l'article 1407 ancien. Si l'on s'attache à la qua-

37. P. Raynaud, note sous Civ., 30 octobre 1950, *J.C.P.*, 1951, II, 6016.

38. *Supra*, n° 139.

lification du bien, on est inéluctablement de nouveau mis en présence des mêmes décisions. Nous n'entendons pas varier dans leur interprétation. Nous avons considéré que la solution correcte en droit et qui expliquait les arrêts était l'intervention de la maxime *accessorium sequitur principale*, non celle de l'adage *major pars trahit ad se minorem*. Introduire dans la discussion le poids des intérêts pratiques, le conflit relatif à la propriété du bien, ne change pas le raisonnement. Mais on s'explique comment le critère quantitatif de l'accessoire a pu demeurer parmi les solutions possibles qui s'offraient au législateur et se voir finalement consacré par la loi de 1965. C'est à ce titre que la question mérite d'être encore évoquée à cette place.

D'autant plus que le problème peut être posé d'une façon plus générale : lorsque, sous un régime de communauté, des valeurs propres à l'un des époux et des valeurs communes sont incluses dans un même bien, la comparaison de ces valeurs permet aisément de décider si le bien est propre ou commun, pourvu que l'on adopte le critère quantitatif de l'accessoire.

Du cas du bien obtenu pour partie en échange d'un propre, on a rapproché une autre hypothèse qui se présentait de façon analogue : un époux placé sous le régime de la communauté réduite aux acquêts possédait en propre des actions d'une société commerciale. La société décidait de procéder à une augmentation de capital par émission de nouvelles actions de numéraire. Les époux souscrivaient des actions nouvelles en utilisant le droit préférentiel de souscription attribué à raison des actions propres à l'un d'eux et en libérant ces actions nouvelles au moyen de deniers prélevés sur la caisse commune. Quel devait être le sort des actions nouvelles ?

A cette question classique, l'article 1406 nouveau apporte une réponse différente de celle qui est retenue à propos de l'échange : « Formant des propres, sauf récompense s'il y a lieu, les biens acquis à titre d'accessoires d'un bien propre ainsi que les valeurs nouvelles et autres accroissements se rattachant à des valeurs mobilières propres... »

Les textes actuels opèrent donc une dissociation des deux hypothèses, considérées comme voisines. Or, si les solutions étaient différentes, les textes anciens réglaient aussi séparément les deux questions. Pourtant, une tendance très forte s'était manifestée pour les réunir et leur donner une même solution : *major pars trahit ad se minorem*.

Il n'est pas inutile de revenir sur ce débat au centre duquel la règle quantitative de l'accessoire a été placée. Son intérêt dépasse en effet celui d'un rappel historique de solutions aujourd'hui délaissées. Il permet de saisir les justifications qui peuvent être données à l'emploi du critère arithmétique de l'accessoire et, à cet égard, la discussion déborde la seule question du sort du bien échangé ou

des actions souscrites. Cette discussion permet d'ailleurs de mieux saisir la portée des textes actuels.

A. — Les solutions antérieures à la loi du 13 juillet 1965

a) Le bien échangé.

348. — L'ancien article 1407 prévoyait que « l'immeuble acquis pendant le mariage à titre d'échange contre l'immeuble appartenant à l'un des époux n'entre point en communauté et est subrogé au lieu et place de celui qui a été aliéné; sauf la récompense s'il y a soulte ». Le texte a été interprété comme ne s'appliquant pas aux seuls échanges d'immeubles³⁹. La subrogation réelle s'imposait donc⁴⁰ et, malgré la soulte provenant de la communauté, le bien acquis était propre pour le tout.

On peut évoquer une certaine analogie avec l'accession. Si, suivant une doctrine largement répandue, lorsque joue la subrogation réelle, « le bien nouveau doit constituer la contre-valeur de l'ancien, c'est-à-dire représenter la même valeur que lui⁴¹ », seule une partie du bien obtenu grâce à l'échange aurait eu vocation à figurer dans le patrimoine propre, l'autre fraction, correspondant à la soulte, aurait été commune. Cette indivision ferait songer au conflit issu de la superposition de deux propriétés que règle le Code civil sous la rubrique de l'accession. Et, effectivement, la solution que prévoyait l'article 1407 pouvait être rapprochée du cas de la construction élevée sur un terrain propre, à l'aide de deniers communs : l'ensemble échappe à la communauté⁴². Si un époux échange un terrain nu, lui appartenant en propre, contre un terrain bâti, de valeur supérieure, moyennant une soulte prélevée sur la caisse commune, la situation est tout à fait voisine, quant au problème de l'équilibre entre les patrimoines. Mais, à la différence de la construction élevée sur un terrain propre, il n'est pas question ici de tirer parti d'un rapport d'accessoire à principal au sens strict, les deux fractions du bien ne pouvant être individualisées.

39. H.L.J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, IV, n° 171 ; P. Jaubert, *Les propres mobiliers dans la communauté légale*, thèse, Bordeaux, 1942, n°s 113 s. ; G. Redaud, *Les parts sociales sous le régime de la communauté*, thèse, Paris, 1929, n° 269.

40. La modification de la consistance du patrimoine propre est directement causée par l'acquisition du bien nouveau qui s'y trouve alors immédiatement substitué, à la différence de ce qui se produit lors de la souscription d'actions à l'aide d'un droit préférentiel de souscription propre (cf. *infra*, note 61).

41. M. Lauriol, thèse, t. I, n° 230, p. 239. Cet auteur adopte pour sa part une position plus nuancée, relevant en particulier « les limites de l'équivalence » dans la subrogation réelle (n°s 282 s.) limites parmi lesquelles figure en bonne place l'article 1407 du Code civil (n° 285).

42. *Supra*, n° 228 s.

349. — Le texte de l'article 1407 paraissait devoir prévenir toute discussion : le bien obtenu en échange devait être propre⁴³.

Mais il faut ici rappeler la jurisprudence que nous avons déjà citée⁴⁴ : le 31 octobre 1950, la Chambre civile admit une qualification mixte du bien, propre pour une quote part et commun pour le surplus dès lors que l'opération qui avait permis de l'obtenir s'analysait en une « convention mêlée de vente et d'échange », « attendu que si l'article 1407 qui exclut de la communauté l'immeuble provenant d'un échange d'un immeuble propre même avec soulte, ne distingue pas expressément selon le plus ou moins d'importance de la soulte, il existe à l'application de la règle légale, une limite naturelle qui est celle même de la notion d'échange⁴⁵ ». Il n'y a rien à redire à cet argument. L'article 1407 réglait le sort du bien obtenu au moyen d'un contrat qualifié « échange ». Mais il ne prenait pas parti sur la qualification du contrat. Or, ce sont deux problèmes distincts. Etant acquis que le contrat intervenu était un échange, on aurait pu hésiter sur le point de savoir si la subrogation réelle devait jouer. L'article 1407 tranchait ce point : le bien obtenu était propre, même si une soulte prélevée sur la communauté avait été versée. Mais encore fallait-il que le contrat fût qualifié « échange ». Sur ce point, la règle de l'accessoire pouvait intervenir, à condition de l'entendre au sens de la maxime *accessorium sequitur principale*. La conception largement subjective du rapport d'accessoire à principal alors mise en œuvre peut en effet laisser place à des hypothèses où, aucun élément ne jouant le rôle de complément de l'autre, la qualification mixte s'impose. On ne comprendrait pas que la même solution pût encore se présenter dans le cadre de la règle quantitative de l'accessoire⁴⁶. Quel que fût son mérite sur le plan pratique, l'arrêt de 1950 adoptait une position nette qui paraissait juridiquement solide.

Le 6 mars 1962, la Cour de cassation décida que l'article 1407 « demeure sans application lorsque la somme payable à titre de soulte est notablement supérieure à la valeur du bien propre transmis⁴⁷ ». La formule est assez équivoque. On peut, comme nous l'avons fait nous-mêmes, tirer argument du mot « notablement » pour considérer que la Chambre civile a seulement envisagé l'éventualité d'une application de la maxime *accessorium sequitur principale* tirant les conséquences d'un rapport d'accessoire à principal au sens strict⁴⁸. Mais on peut aussi remarquer qu'alors qu'en

43. Civ., 9 août 1870, *S.*, 1870, I, 409 ; *D.*, 1871, 1, 156.

44. *Supra*, n° 139.

45. *D.*, 1950, 753 note R. Lenoan ; *J.C.P.*, 1951, II, 6016, note P. Raynaud ; *G.P.*, 1951, I, 40.

46. Alors surtout qu'en l'espèce la différence de valeur entre le bien cédé et la soulte était extrêmement nette. Cf. *supra*, n° 139.

47. *J.C.P.*, 1962, II, 12838 note P. Voirin ; *G.P.*, 1962, I, 406 ; *D.*, 1962, somm., p. 93.

48. *Supra*, n° 139.

1950 il était fait référence à l'intention des parties, en 1962 n'apparaît plus qu'une disproportion objective des valeurs. Ne peut-on y voir un pas fait en direction de la règle *major pars trahit ad se minorem*⁴⁹ ? En droit, le recours au critère quantitatif de l'accessoire n'était pas plus justifié en 1962 qu'en 1950. Mais était-ce encore le sentiment des magistrats de la Cour de cassation ? Il faut reconnaître que la formule adoptée permettait, au moins, quelques hésitations.

C'est sur cette ambiguïté que nous voulons insister ici ; l'analogie est, en effet, frappante avec les incertitudes provoquées auparavant par l'évolution curieusement parallèle de la jurisprudence intervenue à propos de la question de la souscription d'actions sous le régime de communauté.

b) Les actions nouvelles.

350. — Le Code civil n'avait pas prévu la question de la souscription d'actions nouvelles pour partie avec un droit préférentiel de souscription issu d'actions propres et pour partie à l'aide de deniers communs.

On a songé à faire jouer ici le régime des plus-values ou de l'accession avec d'ailleurs plusieurs variantes.

La formule la plus simple, adoptée par un arrêt de la Chambre des requêtes du 24 juin 1903⁵⁰, consiste à dire : l'époux avait en propre un certain nombre d'actions. Par suite de l'augmentation de capital, le nombre des actions est multiplié. Les actions nouvelles, réservées aux anciens actionnaires par le jeu du droit préférentiel de souscription, constituent des accroissements de ces actions anciennes. Elles sont donc propres.

D'autres raisonnements plus élaborés ont aussi été présentés, alignant le sort des actions nouvelles, non plus directement sur le sort des actions anciennes, mais sur celui du droit préférentiel de souscription. Ce droit est, tant qu'il en est pas détaché, un accessoire « par production » des actions anciennes⁵¹. Il est propre, comme les actions anciennes⁵². Ne peut-on dire que les sommes

49. C'est dans cette voie que s'engageait, d'ailleurs avec prudence M. le doyen Voirin, en commentant l'arrêt du 6 mars 1962 : « ... En tout cas, la volonté des époux serait impuissante à écarter la règle de l'article 1407, tel que l'interprète la Cour de cassation, pour décider que le bien acquis, avec soulte dépassant la valeur du propre cédé, sera entièrement propre... » (Note précitée, *J.C.P.*, 1962, II, 12838).

50. *D.P.*, 1904, I, 591 ; *S.*, 1911, I, 361 (sous-note).

51. « ... Attendu que le droit conféré par une société à ses actionnaires d'acquérir, s'ils le jugent bon, un nombre déterminé d'actions créées par l'augmentation de capital prend le caractère propre ou commun des actions anciennes dont il constitue bien l'accessoire... » (Req., 18 décembre 1935, *D.P.*, 1936, I, 129, note M. Fréjaville ; *S.*, 1937, I, 57, note P. Durand ; *Sem. Jur.*, 1936, 376, note H. Moreau).

52. « Le droit préférentiel de souscription des actionnaires a pour but d'éviter que l'augmentation du capital ne leur porte préjudice, en

prélevées sur la communauté pour la libération des actions nouvelles ne réalisent finalement qu'un accroissement du droit de souscription qui portait en lui le germe de développements ultérieurs⁵³ ?

Quelle que soit l'ingéniosité de ces explications, elles étaient critiquables au regard des textes alors en vigueur.

Il n'est pas besoin d'insister pour écarter la théorie selon laquelle les actions nouvelles constituent des accroissements des actions anciennes⁵⁴. La notion de plus-value ne saurait être invoquée puisque les titres nouveaux sont parfaitement distincts des titres anciens. Quant à invoquer la théorie de l'accession, le Code civil ne la fait jouer qu'à l'égard de « ce qui s'unit et s'incorpore à la chose ». Il faudrait au moins, pour songer à l'étendre à notre hypothèse, qu'existât entre les actions nouvelles et les actions anciennes un rapport d'accessoire à principal faisant apparaître

permettant à des souscripteurs étrangers à la société d'acquérir des droits sur les réserves, que les anciens actionnaires ont seuls contribué à former » (P. Kayser, « Les augmentations de capital des sociétés et le caractère des nouveaux droits sociaux dans le régime de la communauté d'acquêts », *J.C.P.*, 1948, I, 800, n° 4). Il représente une part des réserves accumulées par la société qui, si elles proviennent de bénéfices non distribués, n'en sont pas pour autant des fruits (A. Jauffret, *Du droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles*, thèse, Aix, 1926, p. 152 s. ; E.L. Martin, *Le droit de souscription aux augmentations de capital et la condition des titres souscrits par un époux commun en biens*, thèse Lille 1944, p. 80 et les références citées note 2 ; J. Lacombe, *Les réserves dans les sociétés par actions*, thèse, Nancy, 1961, n° 51). On a parlé, à propos du droit préférentiel de souscription, d'un « sous produit » de l'action ancienne (Dacher, *De la priorité de souscription dans les émissions de titres*, thèse, Paris, 1913, p. 175 s.) ou d'une fraction détachée de cette action (A. Jauffret, thèse, p. 161 s. ; P. Durand, note sous Civ., 18 décembre 1935, précité, *S.*, 1937, I, 58).

53. On peut encore distinguer des nuances dans les explications proposées. La plus simple voit dans les actions nouvelles « la mise à exécution, la réalisation d'un droit propre » (P. Jaubert, thèse, n° 98, p. 121). « La substance première de la part d'actif social à laquelle l'action donne droit provient de l'action ancienne, la somme versée par la communauté, en entrant dans le fonds social où elle s'est confondue avec les éléments d'actifs antérieurs n'a fait que la grossir par amalgame » (G. Redaud, thèse, n° 381, p. 427). Par conséquent, « le principe général sera de considérer les sommes versées comme l'accessoire et de placer l'action dans la même situation que le droit ». (A. Jauffret, thèse, p. 169.)

Dans une forme plus travaillée, on dira : La valeur du droit de souscription correspond à la quote-part dans les réserves à laquelle donnera droit l'action nouvelle et que ne pourront plus se partager les porteurs de titres primitifs. Ce droit à une fraction des réserves est représenté successivement par une partie de l'action ancienne, puis par le droit de souscription et enfin par l'action nouvelle. (A. Jauffret, thèse, p. 162 et 163.) C'est donc cette fraction du capital de l'action ancienne reconnaissable sous ses représentations successives, qui s'est trouvée accrue par le versement de deniers communs. L'action nouvelle n'est que la forme extérieure actuelle de cette valeur propre, augmentée de sa plus value. Le titre nouveau est donc propre.

54. Cf. E.L. Martin, thèse, p. 91 s. ; P. Kayser, note sous Agen, 21 juin 1950, *J.C.P.*, 1951, II, 6326.

un conflit de propriétés⁵⁵. On ne peut découvrir ni relation d'affectation, ni lien de « production », au sens où nous entendons ce terme dans la règle de l'accessoire⁵⁶, puisque le droit de souscription a été complètement détaché des actions anciennes et s'est passé de leur support lors de l'acquisition de nouveaux titres.

Si l'idée que c'est au sein de l'action nouvelle que le droit préférentiel de souscription exerce une attraction est plus séduisante, elle se heurte à de sérieuses objections : les sommes prélevées sur le patrimoine commun ne sont pas venues s'incorporer au droit de souscription pour l'accroître directement, mais pour réaliser l'acquisition d'un bien nouveau, entièrement distinct. Le droit propre a disparu lors de la souscription des actions. Il ne peut être question d'augmenter ce qui n'existe plus. La double origine, pour partie propre et pour partie commune, du titre nouveau créerait-elle un conflit de propriétés justifiant une extension des règles de l'accession ? Mais, comment établir un rapport d'accessoire à principal au sens strict entre deux fractions *non individualisées* d'un même bien ? Surtout, les règles régissant le régime de communauté ne permettaient pas au conflit de naître.

351. — Si, déjà avant la loi du 13 juillet 1965, il était professé par certains que « les acquêts ne sont autre chose que des biens acquis sur les économies du ménage⁵⁷ », ce n'était pas la solution du droit positif. « En réalité, les acquêts sont bien un élément distinct de l'actif commun. Il n'est pas nécessaire, pour qu'un bien fasse partie de cet actif, sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, qu'il ait été acquis avec les économies des époux. Il en fait aussi partie quand il a été acquis avec le prix de vente d'un propre, l'argent apporté par l'un des époux au moment du mariage ou recueilli par lui au cours du mariage par succession, à moins que les formalités du remploi n'aient été accomplies⁵⁸. » La souscription des actions nouvelles réalise une acquisition à titre onéreux. Les titres sont des acquêts, même si des valeurs d'origine propre y ont été investies. Le droit préférentiel de souscription est consommé dans cette acquisition ; il ne se retrouve plus dans l'action dont on ne peut dire qu'elle « contient en elle un élément propre⁵⁹ ». Tel devrait être le raisonnement.

55. *Supra*, n^{os} 221 s.

56. *Supra*, n^{os} 21 s.

57. Planiol, Ripert et Nast VIII, p. 441, note 4.

58. P. Kayser, note précitée, *J.C.P.*, 1951, II, 6326.

59. M. Lauriol, *La subrogation réelle*, thèse Alger 1952, t. I, n^o 285, note 168. — « L'action nouvelle dans la mesure où elle contient la valeur du droit de souscription, est constituée par un élément propre antérieur » (*Ibid.*). La formule est exacte, mais elle conduit seulement à reconnaître à l'époux un droit à récompense pour la valeur de son droit de souscription. On ne peut aller plus loin et prétendre suivre à la trace l'élément propre, pour le retrouver intact et individualisé au sein de

Pour que l'époux ait vocation à réclamer en propre ne serait-ce qu'une partie de l'action nouvelle, il aurait fallu que la souscription déclenchât la subrogation réelle pour remplacer dans le patrimoine propre le droit préférentiel de souscription par tout ou partie de l'action nouvelle⁶⁰. En l'absence de texte et les formalités du emploi n'ayant pas été accomplies, il était difficile de l'admettre⁶¹.

l'action nouvelle. Certes, le droit de souscription est une valeur propre, mais elle a été *employée* pour obtenir un bien nouveau. Ceci condamne la théorie selon laquelle le propre se perpétuerait sous plusieurs formes successives : partie de l'action ancienne, droit de souscription, puis partie de l'action nouvelle (cf. *supra*, note 53).

60. ... « L'essentiel est d'abord de savoir si, dans l'hypothèse envisagée, l'acquisition faite des deniers propres aurait vraiment donné un propre et il n'en serait ainsi qu'au cas où jouerait la subrogation réelle. Alors, mais alors seulement, on peut dire qu'on a acquis pour partie un propre... » (P. Raynaud, note sous Douai, 26 janvier 1948, S., 1949, 2, 5.) C'est pourquoi on ne pouvait faire appel à l'article 1437 comme on l'avait proposé. « Les époux sont amenés à considérer la communauté comme une caisse commune, avançant les sommes nécessaires pour l'acquisition et remboursée par voie de récompense. » (P. Durand, note sous Civ., 18 décembre 1935, S., 1937, I, 59.) Mais l'article 1437 supposait le problème résolu. Il ne tranchait absolument pas le sort des biens acquis sous le régime de communauté. Prévoyant qu'un époux était tenu à récompense quand il avait tiré un profit personnel du patrimoine commun, il supposait cet enrichissement réalisé. C'était justement la question.

61. La doctrine que l'on qualifie de « classique » considère la subrogation réelle comme une fiction (Aubry et Rau, IX, § 570). Ce point de vue conduit à affirmer qu'« il n'y a pas de principe général de subrogation réelle en droit français ». (E. Becqué, note sous T. civ., Nîmes, 27 novembre 1957, J.C.P., 1958, II, 10689) et, partant à restreindre son domaine aux seuls cas prévus par un texte (v. les références citées par M. Lauriol, thèse, t. I, n° 3 s.). Il est vrai qu'une tendance à un élargissement du domaine de la subrogation réelle est fortement représentée (v. les références citées par M. Lauriol, thèse, t. I, n° 23 s.). Même dans cette optique, il n'était pas certain que le régime de communauté organisé par le Code civil fit une large place à la subrogation réelle (cf. P. Raynaud, notes précitées sous Douai, 26 janvier 1948, S., 1949, 2, I et sous Civ., 30 octobre 1950, J.C.P., 1951, II, 6016) et, en tout cas, que la souscription d'actions pût la mettre en jeu. En effet, le but de la subrogation réelle est de maintenir intacte la *consistance* du patrimoine propre, l'équilibre en valeur étant assuré par la théorie des récompenses. Or, le droit préférentiel de souscription représente moins une fraction de la substance des actions anciennes propres qu'une partie de leur valeur. Ce droit est, comme l'a dit la Cour de cassation, un accessoire (*supra*, n° 350). Il peut apparaître et même être détaché sans modifier la consistance initiale du patrimoine propre. En lui-même, il ne donne directement aucun droit dans les réserves de la société ; il correspond seulement à la baisse de valeur du titre ancien provoquée par la décision d'augmenter le capital social. Lorsque l'augmentation de capital est réalisée, les prérogatives auxquelles donnaient droit les actions anciennes se trouvent diminuées par la multiplication des ayants droit. Mais c'est là une conséquence de l'augmentation de capital elle-même et non de telle ou telle opération de souscription. La diminution de consistance du patrimoine propre se serait produite de toutes façons, que l'époux ait ou non souscrit des actions nouvelles. Autrement dit, à la différence de l'échange ou de l'apport en société d'un bien propre, la *modification du patrimoine propre, dans sa*

Les actions nouvelles devaient être déclarées communes, une récompense étant due à raison de la valeur du droit préférentiel de souscription propre utilisé ⁶².

352. — Le système du Code ne laissait aucune place à la règle de l'accessoire. Et c'est pourquoi on peut estimer d'une parfaite orthodoxie juridique les termes d'un arrêt de la Chambre civile du 18 décembre 1935, déclarant communs les titres nouveaux : « Attendu sans doute que le droit conféré par une société à ses actionnaires d'acquérir, s'ils le jugent bon, un nombre déterminé d'actions créées par l'augmentation du capital prend le caractère propre ou commun des actions anciennes dont il constitue l'accessoire ; mais que les titres eux-mêmes achetés en vertu de ce droit de préemption ou d'option, moyennant des sommes d'argent sorties toutes de la communauté d'acquêts, ne sauraient échapper à la règle de l'article 1498 qui attribue à la communauté tous les biens acquis à titre onéreux et autrement qu'en remploi pendant le mariage ⁶³ ».

La situation s'est obscurcie lorsque, le 6 octobre 1941, la Chambre civile cassa un arrêt qui posait en principe que les actions étaient communes. Après avoir rappelé que le droit préférentiel de souscription issu de titres propres était lui-même propre, la Cour de cassation décidait « qu'il doit donc être tenu compte de la valeur de ce droit et qu'en s'abstenant de donner mission à l'expert de rechercher cette valeur, l'arrêt attaqué a méconnu la portée (de l'article 1498) ⁶⁴ ».

Le caractère énigmatique de cette formule est son trait le plus remarquable. La Cour de renvoi crut y voir un retour à la doctrine d'un ancien arrêt de la Chambre des requêtes, du 24 juin

consistance, n'est pas directement causée par l'acquisition du bien nouveau.

A défaut des formalités que prévoyait l'article 1434 pour le remploi, formalités exigées non seulement pour des raisons de preuve, mais aussi pour individualiser la valeur propre, lui faire perdre en quelque sorte sa fongibilité, on peut estimer que les principes du Code civil ne laissaient pas de place pour la subrogation réelle dans la souscription des actions, mais seulement pour le jeu des récompenses.

62. En faveur de cette solution, cf. Dacher, thèse précitée ; E.L. Martin, thèse précitée ; A. Charron, note sous Civ., 18 décembre 1935, *Jal des sociétés*, 1937, p. 476 s. « La souscription d'actions par la femme mariée », *G.P.*, 1947, I, doctr. 25 ; J. Radouant, note sous Civ., 6 octobre 1941, *J.C.P.*, 1942, II, 1794 ; P. Kayser, note sous Agen, 21 juin 1950, *J.C.P.*, 1951, II, 6326 (cet auteur, d'abord partisan du système *major pars trahit ad se minorem* — cf. l'article précité, *J.C.P.*, 1949, I, 800 — a abandonné cette position dans la note précitée).

63. *D.P.*, 1936, I, 129 note Fréjaville ; *S.*, 1937, I, 57 note P. Durand ; *Sem. Jur.*, 1936, 376, note H. Moreau ; *G.P.*, 1936, I, 343 ; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1936, p. 169 obs. G. Lagarde.

64. *S.*, 1942, I, 133 ; *D.A.*, 1942, 33 ; *J.C.P.*, 1942, II, 1794, note J. Radouant ; *Journ. Soc.* 1946, 360 ; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1942, p. 192, obs. G. Lagarde.

1903, qui avait fait une application erronée du système de l'accession⁶⁵. En conséquence, elle décida que les titres étaient propres⁶⁶.

Sans s'arrêter à cette position critiquable⁶⁷, deux interprétations de l'arrêt de 1941 étaient possibles :

On peut « tenir compte » de la valeur du droit propre dans le calcul des récompenses dues à l'époux⁶⁸. L'arrêt se situerait exactement dans le prolongement de la décision de 1935 et ferait une stricte application des principes du régime de communauté dans le Code civil.

Mais la Cour de cassation n'entendait-elle pas que l'on tint compte de la valeur propre pour déterminer le caractère propre ou commun des titres nouveaux ? La comparaison des valeurs propres et communes incluses dans l'action nouvelle permettrait, par application de l'adage *major pars trahit ad se minorem*, de qualifier le bien obtenu. Ce système avait déjà été soutenu à propos de l'arrêt de 1935 par des auteurs qui considéraient qu'en l'espèce jugée alors, le montant des sommes prélevées sur la communauté l'emportait sur la valeur du droit propre et que cette circonstance expliquait que les actions aient été déclarées communes⁶⁹. « Il faut toutefois remarquer », écrivait un des annotateurs de l'arrêt, « que, pour apprécier l'importance respective des apports de la communauté et du patrimoine propre, il ne suffit pas de considérer seulement les fonds ayant servi à libérer l'action. On doit également tenir compte de la valeur du droit de souscription, également propre, incluse dans l'action nouvelle⁷⁰ ». C'est ce qu'aurait tenu à préciser l'arrêt de 1941⁷¹. Il serait même possible d'intégrer dans le système l'arrêt de 1903 déclarant les actions propres, si en

65. *D.*, 1904, I, 591 ; *S.*, 1911, I, 361 (sous-note).

66. Agen, 18 janvier 1950, *G.P.*, 1950, I, 225 ; *Journ. Not.*, 1950, p. 433 note Depierrois ; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1950, p. 181, obs. G. Lagarde, et, sur opposition, Agen, 21 juin 1950, *J.C.P.*, 1951, II, 6326, note P. Kayser. L'affaire s'acheva par la conciliation des parties (P. Kayser, *loc. cit.*).

67. *Supra*, n° 350. — Cf. G. Lagarde, obs. *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1950, p. 181.

68. J. Radouant, note précitée, *J.C.P.*, 1942, II, 1794 ; G. Lagarde, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1942, p. 192 et 1950, p. 181 ; E.L. Martin, thèse, p. 51 ; P. Kayser, note précitée, *J.C.P.*, 1951, II, 6326.

69. M. Fréjaville, *D.*, 1936, I, 132 ; P. Durand, *S.*, 1937, I, 58. Il est plausible que le montant des sommes tirées de la caisse commune fût supérieur aux valeurs propres utilisées pour la souscription puisqu'à défaut de toute incorporation de réserves, la libération des titres s'était faite, dit la Cour de cassation « moyennant des sommes d'argent sorties toutes de la communauté d'acquêts ». Mais on notera que la Chambre civile ne donne aucune indication concernant la valeur du droit de souscription propre. Ce silence serait surprenant si elle avait voulu faire application de l'adage *major pars trahit ad se minorem*.

70. P. Durand, note précitée, *S.*, 1937, I, 59.

71. En ce sens, P. Kayser, article précité, *J.C.P.*, 1949, I, 800 ; R. Savatier, « La souscription d'actions ou de parts sociales par un époux commun en biens », *J.C.P.*, 1944, éd. N., I, 413.

l'espèce, les valeurs propres excédaient le montant des fonds communs employés⁷².

Quoi qu'il en soit de l'interprétation des arrêts antérieurs, il faut souligner que la Cour de cassation, par la formule équivoque utilisée, avait été loin de décourager les partisans du critère arithmétique de l'accessoire.

Le parallélisme est frappant entre l'évolution de la jurisprudence en matière de souscription d'actions nouvelles et en matière d'échange avec soult. La Cour de cassation a d'abord posé des principes qui paraissent juridiquement incontestables. Dans les deux cas, il n'était pas question de la conception mathématique de l'accessoire. Puis elle a, dans ces deux domaines, avancé des formules qui ont laissé planer quelque incertitude. Certes, il était parfaitement possible de les coordonner avec les décisions précédentes et de rester fidèle aux mêmes principes. Mais en même temps on pouvait y voir un glissement vers le système quantitatif.

Tant que l'on raisonne en combinant les principes juridiques, la règle *major pars trahit ad se minorem* n'a pas de place. Et pourtant, en cette matière, un très fort courant doctrinal s'est manifesté en faveur de l'application de l'adage⁷³. Le dernier état de la

72. Il faut supposer que les auteurs qui ont soutenu que l'arrêt de 1903 pouvait se concilier avec la solution admise en 1935 disposaient d'informations personnelles à propos de cette espèce, car la lecture de l'arrêt ne permet pas de comparer les valeurs propres aux valeurs communes. Si la Chambre des requêtes relève que les actions nouvelles avaient été « libérées jusqu'à concurrence de 250 F. au moyen du capital des réserves de la société », il n'est fait nulle part mention ni de la valeur totale d'une action ni de celle du droit de souscription, ni du montant des sommes versées par la communauté. Et encore, les informations dont ont dû disposer ces auteurs n'étaient-elles pas identiques. Tantôt, il est dit, en effet, que les actions « avaient été libérées *essentiellement* au moyen des réserves de la société ayant un caractère propre » (P. Durand, note précitée, S., 1937, I, 58), tantôt qu'elles avaient été libérées pour la moitié au moyen des réserves de la société et qu'en ajoutant la valeur du droit préférentiel de souscription, ces actions représentaient, au total, pour la plus grande part une valeur propre (P. Kayser, *J.C.P.*, 1949, I, 800), tantôt enfin que la décision étant intervenue dans l'hypothèse où les valeurs propres et les valeurs communes représentaient chacune exactement la moitié des actions nouvelles, la Cour de cassation aurait ainsi donné une solution pour la seule situation où le critère mathématique de l'accessoire ne peut fonctionner (M. Fréjaville, note précitée, *D.*, 1936, I, 132 ; G. Lagarde, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1950, 181). Il nous paraît beaucoup plus probable que la Chambre des requêtes avait entendu poser en principe que les titres souscrits étaient propres, comme plus tard la Chambre civile a posé en principe que ces titres étaient communs.

73. Cf. notamment H.L.J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, IV, n° 171 ; Ripert et Boulanger, IV, n° 346 ; Guillaud, *Traité du contrat de mariage*, II, n° 466 ; R. Piffre de Vaubon, thèse ; M. Lauriol, thèse, t. I, n° 285 s. ; M. Fréjaville, note sous *Civ.*, 18 décembre 1935, *D.P.*, 1936, I, 129 et Douai, 19 février 1943, *D.C.*, 1943, 97 ; P. Durand, note sous *Civ.*, 18 décembre 1935, S., 1937, I, 57 ; G. Lagarde, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1942, 192 ; R. Savatier, « La souscription d'actions ou de parts sociales par

jurisprudence de la Cour de cassation intervenue avant la loi du 13 juillet 1965 reflétait la lutte entre les deux tendances.

C'est précisément cette ambiguïté qui nous paraît la plus intéressante, car elle aboutissait à laisser le débat ouvert. On aurait pu croire la question définitivement résolue, mais quelques formules à la fois prudentes et habiles, sans rompre avec le passé, menageaient l'amorce d'une évolution.

Pourquoi ces précautions ? Pourquoi cet encouragement discret aux défenseurs de l'adage *major pars trahit ad se minorem* ?

c) La pression en faveur du critère quantitatif de l'accessoire.

353. — Qualifier un bien propre ou commun n'est pas une question de pure logique juridique : c'est trancher une question de propriété à l'avantage de l'un ou de l'autre patrimoine. Ainsi se profile un conflit d'intérêts à propos duquel on ne peut être indifférent ni à l'équité ni aux besoins pratiques.

Les solutions juridiquement correctes au regard des règles du Code civil étaient, nous l'avons vu, de déclarer communes les actions nouvelles et propre le bien acquis en échange. Or, dans le premier cas, le patrimoine propre risquait d'être lésé, et, dans le second c'est la communauté qui pouvait être appauvrie. Mais, dira-t-on, le jeu des récompenses assure l'équilibre entre les patrimoines et interdit tout enrichissement de l'un au détriment de l'autre. Malheureusement, en pratique, les effets de la théorie des récompenses étaient faussés en période de dépréciation monétaire⁷⁴. C'est là que se situe la clef de l'explication de la tendance de plus en plus forte à l'introduction de la règle *major pars trahit ad se minorem*, avant la loi du 13 juillet 1965.

En effet, dès lors que les règles des récompenses n'assuraient plus efficacement l'équilibre en valeur entre les propres et la communauté, il devenait urgent d'éviter l'enrichissement excessif d'un patrimoine au détriment de l'autre *au niveau de la question de propriété*, c'est-à-dire lors de la qualification des biens, propres ou communs.

A cet égard, la solution *la plus équitable* était, sans conteste, la qualification mixte, le bien nouveau étant propre pour une quote-

un époux commun en biens », *J.C.P.*, 1944, éd. N. I, 413 ; P. Kayser, article précité, *J.C.P.*, 1949, I, 800 ; P. Raynaud note sous Civ., 30 octobre 1950, *J.C.P.*, 1951, II, 6016 ; L. Ségur, « Le sort des parts sociales en régime de communauté », *Revue des sociétés*, 1959, p. 140 s. ; M. Le Galcher-Baron, note sous Bordeaux, 11 juin 1958, *D.*, 1959, 10.

74. R. Savatier, « Peut-on remédier dans les contrats de mariage à l'insécurité causée dans les rapports entre époux par l'instabilité de la monnaie ? » *Rep. Not.*, 1948, p. 169 s. ; P. Hébraud, *L'instabilité monétaire et les règlements d'intérêts familiaux*. Le droit privé français au milieu du xx^e siècle, t. I, p. 499 s. et 521 ; Colomer, *L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux, le mal et ses remèdes*, thèse, Paris, 1953.

part correspondant aux valeurs propres investies, et commun à proportion des sommes tirées de la caisse commune pour l'obtenir. Solution équitable, mais *peu pratique*. En matière de souscription d'actions, malgré des précédents concernant le régime dotal⁷⁵, le système n'a pas eu de succès. Pour en souligner la complexité, il suffit de songer aux problèmes qu'aurait fait apparaître une augmentation de capital ultérieure avec un droit de souscription lui-même indivis⁷⁶. En matière d'échange, la Cour de cassation a admis, en 1950, une qualification mixte. Mais, outre les inconvénients pratiques qu'il y a à créer des biens à la fois propres et communs⁷⁷, la solution ne pouvait être systématiquement appliquée, en présence du texte de l'article 1407 éventuellement complété de la maxime *accessorium sequitur principale*⁷⁸. Le respect scrupuleux de l'équilibre des patrimoines ne pouvait donc être assuré en toute circonstances⁷⁹.

75. Sur la question de la souscription d'actions nouvelles sous le régime dotal, v. en particulier : T. civ. Seine, 19 avril 1899, *Journ. Soc.*, 1922, p. 54 ; T. civ., Lyon, 7 octobre 1920, *Rev. Soc.*, 1922, p. 278 ; T. civ. Seine, 10 mars 1937, *S.*, 1938, 2, 73, note P. Durand ; T. civ. Seine, 19 juillet 1945, *S.*, 1946, 2, 65 concl. Gégout ; P. Raynaud note sous Douai, 26 janvier 1948, *S.*, 1949, 2, 5.

Il y avait de solides arguments en faveur de la qualification mixte des actions, pour partie dotales, pour partie paraphernales, lorsque la valeur du droit de souscription dotal avait été soumis au remploi, tandis que les deniers paraphernaux avaient permis de libérer les actions : Il était interdit d'augmenter la dot pendant le mariage. L'action nouvelle ne pouvait donc être dotale pour le tout. Les époux ne pouvaient non plus faire disparaître par leur fait la protection dotale. L'action ne pouvait donc pas davantage être pour le tout paraphernale (P. Durand, note précitée et les références). Les mêmes principes conduisaient à déclarer l'action pour partie dotale et pour partie commune, s'il existait une société d'acquêts et si cette société avait participé à la souscription (P. Durand, *loc. cit.*). Contra : H. Decugis, « De la non dotalité du droit de souscription appartenant aux femmes dotales en cas d'augmentation de capital d'une société par actions. » *Journ. Soc.*, 1922, p. 49.

76. E.L. Martin, thèse, p. 85 s. ; P. Durand, note précitée, *S.*, 1937, I, 58.

77. P. Raynaud, note précitée, *J.C.P.*, 1951, II, 6016 ; G. Lagarde, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1951, p. 69 ; P. Kayser, note précitée, *J.C.P.*, 1951, II, 6326.

78. *Supra*, n° 148 s.

79. Les auteurs considéraient généralement que « le problème ne se pose que dans un cas : lorsque la soulte ou la prétendue soulte est supérieure à la valeur du propre cédé ; en effet dans le cas contraire, il est certain que le bien acquis en échange est propre tout entier : c'est la solution de l'article 1407 ». (P. Raynaud note précitée, *J.C.P.*, 1951, II, 6016. — Dans le même sens P. Voirin, note précitée *J.C.P.*, 1962 II, 12838.) C'est déjà entendre la règle de l'accessoire au sens *major pars trahit ad se minorem*. Nous avons soutenu un système plus souple, dans lequel la notion de soulte ne dépend pas exclusivement d'une évaluation monétaire. Tant qu'il s'agit du jeu de la maxime *accessorium sequitur principale*, la comparaison des valeurs n'est qu'un indice et il n'y a pas de frontière arithmétique rigide au delà de laquelle apparaît l'accessoire (*supra*, n° 148 s.). Il est vrai que, pratiquement, la différence entre

Entre les solutions du Code civil, évitant l'indivision entre les propres et la communauté et un système de qualification mixte théoriquement le plus juste mais à peu près impraticable, l'adage *major pars trahit ad se minorem* offrait son mécanisme simple. Certes, faire passer un bien du côté des propres ou de la communauté suivant que le montant des sommes prélevées sur la caisse commune pour l'obtenir est ou non inférieur à la moitié de la valeur du bien est d'une équité grossière. Il ne faut pas oublier cependant que, même faussée en période de dépréciation monétaire, la théorie des récompenses atténuait tout au moins le déséquilibre. Les risques d'enrichissement d'un patrimoine au détriment d'un autre étaient en tout cas moindres qu'avec les solutions monolithiques inspirées par le Code civil. Le système majoritaire interdisait les manœuvres réalisant les spoliations les plus graves.

354. — Tout en écartant les cas où l'injustice aurait été la plus criante, la règle *major pars trahit ad se minorem* avait l'avantage considérable de ne pas introduire une indivision entre les propres et la communauté que le Code civil avait voulu éviter, tant par l'article 1407 que par l'article 1408.

Les conditions étaient donc très favorables à l'utilisation de la règle de l'accessoire assortie du critère arithmétique de l'accessoire, car l'échec relatif de la théorie des récompenses amenait à poser la question de la qualification du bien *directement* sur le plan des intérêts pécuniaires des époux. C'est sur ce plan que le système quantitatif, d'une équité sommaire mais efficace, se défend le mieux.

Sans doute, la méthode de la comparaison des valeurs avait-elle été soutenue à des époques où l'attention des juristes n'était pas spécialement attirée sur les effets des phénomènes de dépréciation monétaire. Mais les théories proposées reposaient sur une confusion entre les maximes *accessorium sequitur principale* et *major pars trahit ad se minorem* et cherchaient, sans d'ailleurs y parvenir de façon satisfaisante, à donner une justification logique du système quantitatif en se plaçant sur le terrain de la qualification du *contrat* et non de la qualification directe du bien⁸⁰.

Or, c'est en isolant la question de la détermination du caractère propre ou commun du bien acquis que le critère quantitatif de l'accessoire se présente avec le plus d'attraits. Non seulement parce que c'est la seule façon de découvrir un accessoire et un principal, les valeurs propres et communes réunies au sein du même bien n'étant pas individualisées, ce qui exclut tout rapport d'accessoire à principal au sens strict, mais surtout parce que c'est passer

notre position et celle des auteurs précités est peu importante, car l'indice de la différence de valeurs a, en fait, dans ces hypothèses, un rôle capital.

80. Cf. Guillouard, traité du contrat de mariage, II, n° 466.

d'une analyse purement juridique à la solution d'un conflit essentiellement économique.

« La règle *major pars trahit ad se minorem* n'est donc peut-être pas inutile. Laissant entière la question de la nature du contrat, elle résout celle du sort du bien qui en a fait l'objet. A supposer, en effet, que par son origine, ce bien soit pour partie commune et pour partie propre, comme il est unique, l'accessoire doit suivre le sort du principal⁸¹... »

On comprend les hésitations — ou la prudence — de la Cour de cassation. D'un côté, le souci de justice, combiné avec les besoins pratiques, conduisaient à voir avec faveur la qualification directe du bien selon l'adage *major pars trahit ad se minorem*. D'un autre côté, il était bien difficile de justifier en droit cette solution. Si, pour la souscription d'actions, le Code était muet, c'était la possibilité même du jeu de la subrogation réelle qui faisait difficulté ; quant à l'échange avec soulte, l'article 1407 réglait lui-même la qualification du bien, sans faire jouer la règle quantitative de l'accessoire, ne laissant à la jurisprudence que la possibilité d'agir sur la qualification du contrat, question qui offre au critère mathématique de l'accessoire un terrain beaucoup moins solide⁸².

Il était normal que la loi mette fin aux incertitudes.

B. — La loi du 13 juillet 1965

355. — C'était à propos du sort des actions souscrites à l'aide d'un droit de préférence propre et de deniers communs que la règle *major pars trahit ad se minorem* paraissait devoir le plus sûrement jouer, à tel point que certains auteurs la présentaient comme étant consacrée par le droit positif, au moins depuis l'arrêt de la Chambre civile du 6 octobre 1941⁸³. Or, si la loi du 13 juillet 1965 a bien envisagé la question, ce n'est pas ce système qu'elle adopte. Au contraire, le critère quantitatif de l'accessoire est consacré pour la détermination du caractère propre ou commun du bien obtenu par voie d'échange avec soulte.

81. P. Raynaud, note précitée, *J.C.P.*, 1951, II, 6016.

82. *Supra*, nos 138, s. M. Lauriol a bien essayé de justifier le système majoritaire sur le plan de la subrogation réelle : « Selon une conception strictement quantitative, la proportion précise de la moitié, qui marque le cap séparant l'admission de la subrogation de son refus, n'aurait aucune signification et serait le fruit d'une approximation arbitraire par son insuffisance. Aussi n'est-ce pas sur le terrain strict du montant des valeurs qu'il faut comprendre cette règle d'apparence quantitative. En réalité, ce qui est recherché c'est la raison de choisir entre deux provenances d'une égale force intrinsèque » (*op. cit.*, t. I, n° 285). Mais cette présentation ne pouvait passer par-dessus l'obstacle de l'article 1407 qui, au moins, présuait la « provenance principale » du bien obtenu. La seule ressource pour tempérer le texte était de jouer sur la qualification d'échange.

83. *Supra*, n° 352.

a) Le nouvel article 1406.

Aux termes de l'article 1406 nouveau : « Forment des propres, sauf récompense s'il y a lieu, les biens acquis à titre d'accessoire d'un bien propre ainsi que les valeurs nouvelles et autres accroissements se rattachant à des valeurs mobilières propres ». La formule, très générale, couvre plusieurs hypothèses, et, en tant qu'elle s'applique à la souscription d'actions nouvelles en vertu d'un droit préférentiel propre, elle n'est pas très précise⁸⁴. C'est *indirectement* que les titres nouveaux se rattachent aux titres anciens. En tout cas, la solution est claire : il n'est pas question de distinguer selon la plus ou moins grande importance des sommes qui ont pu être prélevées sur la communauté.

Cette position s'explique. D'un côté, en adoptant la « notion pure d'acquêt », placement des économies réalisées par les époux, il devient normal d'élargir le domaine de la subrogation réelle au profit du patrimoine propre. D'un autre côté, la solution se recommande par ses intérêts pratiques, même si elle permet un accroissement des propres au détriment de la communauté. Ce n'est pas seulement la légère amélioration du régime des récompenses qui justifie le rejet de la règle *major pars trahit ad se minorem* en cette hypothèse. L'équilibre des patrimoines n'est pas seul en jeu. Il faut encore tenir compte de la vie de la société dont les titres sont en question. Et là, tout le monde a toujours été d'accord. « Il est préférable que les actions nouvelles aient le caractère de propres et viennent prendre place, dans le patrimoine de l'époux actionnaire, à côté des actions anciennes. On évite ainsi pendant la communauté, une dualité de régime d'administration pour les titres d'une même société, qui est une source de complications et de confusions. On évite surtout, à la dissolution de la communauté, que les actions nouvelles puissent être mises au lot du conjoint de l'époux actionnaire, ou licitées. En liant leur sort à celui des actions anciennes, on respecte l'unité économique que les unes et les autres représentent dans le patrimoine de l'époux actionnaire⁸⁵ ». Il n'est guère douteux que ces raisons ont été décisives pour l'adoption du texte.

La solution présente incontestablement des analogies avec l'accession qui, elle aussi, assure la sauvegarde de certaines unités économiques⁸⁶. Mais on ne peut parler ici de règle de l'accessoire que

84. La formule du projet de 1959 était plus nette puisqu'elle déclarait propres les valeurs nouvelles « acquises en vertu du droit de souscription afférent à une valeur propre » (H.L.J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, IV, n° 130).

85. P. Kayser, *J.C.P.*, 1949, I, 800, n° 5. — V. les procédés permettant de réserver à l'époux souscripteur la propriété des titres nouveaux suggérés par des auteurs qui estimaient que le régime légal ne répondait pas à ces intérêts pratiques. (*Ibid.*, n°s 10 s. — E.L. Martin, thèse, p. 121 s.)

86. Cf. A. Ponsard, commentaire de la loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, *D.*, 1966, L. 138.

dans un sens très large. S'il y a bien un phénomène d'attraction, il n'y a ni rapport d'accessoire à principal au sens strict entre les actions nouvelles et les actions anciennes ou entre les actions nouvelles et le droit préférentiel de souscription, ni, évidemment, d'accessoire sur le plan quantitatif. La solution s'apparente à celle que consacrait déjà l'ancien article 1408 : l'« accessoire » — au sens très large — est déterminé par la loi.

356. — Mais on pourrait se demander si la maxime *accessorium sequitur principale* et peut-être même l'adage *major pars trahit ad se minorem* ne pourraient pas encore trouver à s'insinuer dans la règle nouvelle. On ne peut manquer de rapprocher la doctrine de l'article 1406 actuel de l'article 1407 ancien qui prévoyait que le bien nouveau serait propre pour le tout, sans distinguer suivant le plus ou moins d'importance des sommes tirées de la communauté. Or, on sait ce qu'il était advenu de ce texte dont la jurisprudence avait réduit la portée en jouant sur la qualification du contrat. Il y a, disait la Cour de cassation, « une limite naturelle » à la notion d'échange⁸⁷. N'y a-t-il pas, de la même manière, une « limite naturelle » à la notion de rattachement aux titres anciens ?

On verrait alors la maxime *accessorium sequitur principale* s'introduire au stade de la qualification de l'acte de souscription. Dans quelle mesure est-ce une opération déclenchant la subrogation réelle ? La souscription a-t-elle été voulue pour assurer la conservation des propres, les fonds communs ayant servi de complément ? Ou a-t-elle été voulue à titre de placement des économies des époux, le droit de préférence propre à l'un d'eux ayant été utilisé comme complément, au lieu d'acheter ce droit en bourse⁸⁸ ? La règle de l'accessoire permettrait de considérer que l'acte entre pour le tout dans l'une ou l'autre catégorie. Or, si la souscription n'est qu'un placement des économies du ménage, peut-on considérer que les titres nouveaux se rattachent aux titres anciens ? On pourrait, à cet égard, tenir compte des caractéristiques de la société. Si la société est assez fermée, il est probable que l'époux a surtout tenu à conserver ses droits ; s'il s'agit d'une grande société faisant appel à l'épargne publique, « cette conception peut-être davantage discutée, dans la mesure où ces actions valent plus par leur valeur pécuniaire que par l'attachement à une entreprise déterminée⁸⁹ ». Il faudrait aussi considérer à titre d'indice, la plus ou moins grande importance des deniers communs utilisés. Et, par un processus connu, un glissement ne serait sans doute pas long à s'opérer en direction de

87. Civ., 30 octobre 1950, précité, *D.*, 1950, 753, note R. Lenoan, *J.C.P.*, 1951, II, 6016, note P. Raynaud.

88. Sur l'idée de voir dans le droit préférentiel de souscription l'accessoire des deniers communs, cf. E.L. Martin, thèse, p. 113 et 114.

89. A. Ponsard, commentaire de la loi du 13 juillet 1965, *D.*, 1966, L. 138.

l'adage *major pars trahit ad se minorem*⁹⁰. D'autant plus qu'introduire l'analyse des volontés risque d'aboutir à la constatation que nul rapport d'accessoire à principal au sens strict ne peut être isolé et que l'on se trouve alors conduit à adopter une qualification mixte, solution désastreuse que le système quantitatif permettrait d'éviter.

Ce recours à la règle de l'accessoire, théoriquement possible, a, selon nous, été exclu par la loi du 13 juillet 1965. Il est assez clair en effet que ses auteurs se sont placés sur un terrain pratique. A cet égard ils ont voulu une solution simple qui ne nécessite pas de subtiles recherches. Ils pouvaient soit arbitrer les intérêts des époux et de la communauté soit tenir compte du fonctionnement de la société et faciliter la gestion des titres. Il est assez manifeste qu'ils ont choisi la seconde solution parce qu'elle évite maintes difficultés⁹¹. Sans doute, pourrait-on dire que l'éventualité d'une qualification mixte et de l'indivision qui en résulterait n'est pas totalement incompatible avec les règles gouvernant les sociétés commerciales : l'article 187 de la loi du 24 juillet 1966 prévoit, à propos des actions grevées d'usufruit, une situation au moins aussi complexe, dont il faudra bien s'accommoder⁹². Mais il serait regrettable d'introduire

90. Ce serait le moment d'évoquer, sur le terrain de la subrogation réelle, l'idée de « provenance principale » déjà utilisée pour acclimater la règle *major pars trahit ad se minorem* sous l'empire de l'article 1407 ancien qui pourtant, en matière d'échange, lui était contraire. « Dans l'esprit de cette opération, écrivait M. Lauriol, c'est la disparition du bien aliéné du patrimoine de son propriétaire et non la soule qui engendre l'apparition du bien nouveau dans ce même patrimoine » (thèse précitée, t. I, n° 286). La même formule pourrait être appliquée *mutatis mutandis* au régime des actions nouvelles dans l'actuel article 1406. Or, M. Lauriol continuait : « Pour ce qui concerne le montant des valeurs l'article 1407 se contente donc d'une approximation. *Encore faut-il que celle-ci existe...* » (*Ibid.*) et par cette brèche s'insinuait dans la thèse de M. Lauriol la règle quantitative de l'accessoire, car il lui semblait anormal que l'on pût considérer comme provenant essentiellement d'un propre aliéné un bien dont la contrepartie avait été en majorité payée de deniers communs. Le même raisonnement pourrait être appliqué à l'article 1406 nouveau.

91. Déclarer les titres communs concernerait sûrement la valeur des titres. Mais, au moins dans les sociétés où une certaine importance est attachée à la considération de la personne des associés, la qualité d'associé ne devrait-elle pas être réservée à l'époux qui faisait déjà partie de la société ? (Cf. L. Ségur, *Rev. Soc.*, 1959, p. 140 s.)

92. « Lorsque les actions sont grevées d'un usufruit, le droit préférentiel de souscription qui leur est attaché appartient au nu-propriétaire. Si celui-ci vend les droits de souscription, les sommes provenant de la cession ou les biens acquis par lui au moyen de ces sommes sont soumis à l'usufruit. Si le nu-propriétaire néglige d'exercer son droit, l'usufruitier peut se substituer à lui pour souscrire aux actions nouvelles ou pour vendre les droits. Dans ce dernier cas, le nu-propriétaire peut exiger le remploi des sommes provenant de la cession ; les biens ainsi acquis sont soumis à l'usufruit. Les actions nouvelles appartiennent au nu-propriétaire pour la nue-propriété et à l'usufruitier pour l'usufruit. Toutefois, en cas de versement de fonds effectué par le nu-propriétaire ou l'usufruitier pour réaliser ou parfaire une souscription, les actions nouvelles

la règle de l'accessoire pour compliquer une situation claire. On peut d'ailleurs ajouter que l'interprétation de l'article 1406 nouveau est d'autant moins douteuse que les rédacteurs de la loi du 13 juillet 1965 ne pouvaient ignorer les pressions exercées en faveur de la maxime *major pars trahit ad se minorem*, système qu'ils ont introduit dans le nouvel article 1407, à propos de l'échange avec soulte.

b) Le nouvel article 1407.

357. — « Le bien acquis en échange d'un bien qui appartenait en propre à l'un des époux est lui-même propre, sauf la récompense due à la communauté ou par elle, s'il y a soulte. Toutefois, si la soulte mise à la charge de la communauté est supérieure à la valeur du bien cédé, le bien acquis en échange tombe dans la masse commune, sauf récompense au profit du cédant. » La loi du 13 juillet 1965 consacre donc dans l'article 1407 la règle quantitative de l'accessoire. Une solution est même donnée pour le cas exceptionnel où la comparaison des valeurs est inefficace : si la soulte est exactement de même valeur que le bien cédé en échange, le bien obtenu est propre.

A la différence du cas de la souscription d'actions, déclarer commun, dans certains cas, le bien nouveau ne présente pas d'inconvénients. On retrouve donc le souci d'assurer l'équilibre entre les patrimoines qui, combiné avec les besoins de simplicité pratique, conduit directement à la maxime *major pars trahit ad se minorem*. On peut encore souligner que si l'augmentation de capital ne dépend généralement pas de l'initiative de l'époux actionnaire, il en va

n'appartiennent au nu-propiétaire et à l'usufruitier qu'à concurrence de la valeur des droits de souscription ; le surplus des actions nouvelles appartient en pleine propriété à celui qui a versé les fonds... »

Dans ce dernier cas, lorsque la valeur des droits de souscription utilisés ne correspond pas à un nombre entier d'actions nouvelles, on retrouve la division entre usufruit et nue-propiété, alors que l'occasion s'offrait de faire jouer, au moins en cette hypothèse, le système de comparaison des valeurs.

La solution est bien compliquée et contraste singulièrement avec le parti-pris de simplicité qui caractérise l'article 1406 C. civ.

On comprend que les rédacteurs de la loi du 24 juillet 1966 aient hésité à faire intervenir la règle *major pars trahit ad se minorem* : outre la difficulté tenant à l'évaluation d'un usufruit, il a pu paraître délicat de faire céder les droits de l'usufruitier ou du nu-propiétaire à l'occasion de l'augmentation de capital. Les besoins pratiques n'étaient-ils pas assez forts cependant pour justifier qu'il fût tranché dans le vif ? Si l'usufruitier parfait de ses deniers la souscription, le titre est à jamais indivis, puisque la pleine propriété ne pourra, à l'extinction de l'usufruit, se reconstituer au profit du nu-propiétaire que pour la fraction de l'action qui était grevée d'usufruit. Il aurait peut-être été préférable d'adopter une solution plus audacieuse en prévoyant une modalité d'évaluation de l'usufruit et en faisant jouer, moyennant indemnité, la règle *major pars trahit ad se minorem* pour régler le sort du titre nouveau.

autrement de l'échange d'un bien propre et que le risque de voir l'époux se créer systématiquement des propres au détriment de la communauté est bien moindre dans le premier cas que dans le second.

La solution de l'actuel article 1407 ne surprend donc pas. Mais il faut en préciser la portée.

Le texte, comme le faisait l'ancien article 1407, ne prend parti que sur la qualification *du bien* et laisse, théoriquement, en dehors de ses prévisions la question de qualification *du contrat*. C'est d'ailleurs sur le plan de l'attribution de la propriété que la règle quantitative de l'accessoire est assez facile à justifier. C'est aussi cette seule question qui, normalement, intéresse une loi concernant les régimes matrimoniaux. On remarquera que le nouvel article 1407 prévoit que le bien « acquis *en échange* tombe dans la masse commune », « si la soulte mise à la charge de la communauté est supérieure à la valeur du bien cédé », ce qui pourrait être interprété comme signifiant qu'un contrat peut encore être un échange lorsque la soulte dépasse la moitié de la valeur du bien acquis.

La Cour de cassation, par un raisonnement juridiquement très solide, avait, sous l'empire de l'ancien texte, soigneusement distingué la qualification du bien et la qualification du contrat, pour limiter la solution prévue par le Code civil en cas d'échange aux seules hypothèses où la convention pouvait effectivement être qualifiée d'échange. La même distinction entre le contrat et le bien peut être soutenue en présence du texte nouveau. La distance est même plus grande si l'on considère que la loi règle désormais le sort du bien sans subordonner la solution adoptée à la qualification d'échange. Il suffit que le contrat comporte un « élément d'échange » pour déclencher le régime du nouvel article 1407⁹³.

358. — Mais il est certain que cette vue est très théorique. Comment ne pas penser que, de la qualification du bien, on remontera à la qualification du contrat ? Jusqu'ici c'est parce que le contrat était qualifié « échange » que le bien acquis était propre. Si l'on nous dit maintenant que le bien est propre si la soulte est inférieure à la moitié de sa propre valeur, n'est-ce pas la preuve que, dans ce cas, le contrat est un échange et lorsqu'à l'inverse le bien est déclaré commun à raison de l'importance de la soulte ne considérera-t-on pas que c'est le signe que le contrat n'est pas un échange ? C'est ainsi que M. Ponsard semble lire l'article 1407 : « Le texte nouveau apporte désormais une limite précise à la notion d'échange : celle-ci sera écartée toutes les fois que la soulte mise

93. Rappr. la recevabilité de l'action en rescision pour lésion contre un acte comportant *un élément* de partage. 1^{re} Civ., 9 mars 1966, *D.*, 1966, 573, rapport Frank ; *J.C.P.*, 1966, II, 14738, note P. Voirin.

à la charge de la communauté sera supérieure à la valeur du bien cédé ; une simple comparaison arithmétique se substituera à l'appréciation du juge, cette dernière ne pourra plus jouer que pour l'estimation de la valeur du bien⁹⁴. »

Théoriquement, il reste possible de soutenir que la maxime *accessorium sequitur principale* continue à jouer pour la qualification du contrat, tandis que l'adage *major pars trahit ad se minorem* règle directement le sort du bien. Pratiquement, il n'est pas douteux que le système quantitatif évincera la règle logique de l'accessoire pour déterminer la catégorie où doit être rangée la convention, d'autant plus que le passage est aisé d'un aspect de la règle de l'accessoire à l'autre⁹⁵. On peut penser que l'influence du nouvel article 1407 débordera du cadre des régimes matrimoniaux. Il est probable que ce texte sera invoqué pour justifier l'utilisation du procédé de la comparaison des valeurs dans tous les cas où se pose la question de qualification d'un contrat comportant un élément « échange » et le versement d'une somme d'argent. Il ne serait même pas surprenant que l'on aille encore plus loin et que l'on considère que la loi de 1965 a posé un principe général justifiant l'application de la maxime *major pars trahit ad se minorem* pour régler tous les problèmes de qualification complexes. Peut-être assistera-t-on, dans tout ce secteur, à l'absorption du raisonnement *accessorium sequitur principale* par le système quantitatif.

Cette mutation de la règle de l'accessoire est-elle opportune ?

Dès avant la modification de l'article 1407, le problème pouvait être posé. L'introduction du critère quantitatif de l'accessoire élargit les possibilités d'action de la règle de l'accessoire qui peut devenir un instrument brutal, mais simple et sûr permettant d'éliminer les difficultés suscitées par les qualifications mixtes.

Tant qu'il s'agit de déterminer directement le sort d'un bien, le procédé peut être contenu dans des limites assez précises. De plus, il ne heurte pas la maxime *accessorium sequitur principale*, car il n'y a sûrement pas de rapport d'accessoire à principal entre deux fractions non individualisées d'un même bien.

Quand c'est la qualification d'un contrat qui est en jeu, il est beaucoup plus difficile de contenir l'expansion de la règle *major pars trahit ad se minorem*. Entre les éléments distincts d'une même convention, il peut y avoir un rapport d'accessoire à principal au sens strict. Des conflits peuvent naître entre deux notions différentes d'accessoire. La question est délicate et la prudence est de mise avant d'ouvrir largement la voie au système quantitatif.

94. Commentaire de la loi du 13 juillet 1965, D., 1966, L. 139.

95. *Supra*, n^{os} 337, 339.

§ 3. — Les qualifications mixtes des contrats et la règle *major pars trahit ad se minorem*.

359. — Lorsque joue la maxime *accessorium sequitur principale*, seule la catégorie à laquelle ressortit l'élément principal a vocation à régir la convention entière. Mais ceci suppose qu'existe un rapport d'accessoire à principal au sens strict, justifiant la neutralité de l'accessoire au regard de la qualification. Le simple mécanisme logique de la règle de l'accessoire ne suffit donc pas à éliminer systématiquement les qualifications mixtes.

C'est ce résultat que propose la règle *major pars trahit ad se minorem*, en retournant le raisonnement. Au lieu de partir de la constatation que l'élément accessoire n'est pas susceptible de déclencher la qualification, pour aboutir à la conclusion que le contrat est soumis au régime dominant le seul principal, on pose le principe : à un contrat unique doit correspondre une qualification unique. Lorsque l'analyse découvre les éléments conduisant à des catégories différentes, il faut en éliminer certains, pour ne retenir finalement que les éléments d'une qualification simple. Ce choix sera déterminé par la comparaison quantitative des éléments en présence. Puisqu'il faut effacer les caractères juridiques d'une partie de la convention, mieux vaut faire porter ce travail de réduction sur la fraction la moins importante du contrat⁹⁶.

Il faut, à l'égard d'une telle méthode, observer la plus grande prudence. L'unité d'un contrat ne présente, en effet, pas toujours la même évidence que l'unité d'un bien. Il peut y avoir des degrés dans la cohésion des différents éléments et la formule « à objet unique, qualification unique » risque d'être un slogan aussi artificiel que dangereux.

De plus, la règle *major pars trahit ad se minorem* intervenant dans les qualifications prend place parmi les techniques de « réduction par élimination » qui « consistent en une altération des éléments substantiels et primordiaux de la règle juridique inspirée par des considérations pratiques dont la valeur, par conséquent, dépend de la mesure dans laquelle elle facilitera l'adaptation de cette règle à la vie, sans compromettre les principes fondamentaux qui la dominent⁹⁷ ». Or, l'appréciation des intérêts pratiques est moins simple, s'agissant de la qualification d'un contrat, que lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère propre ou commun d'un bien. C'est une raison de plus de se montrer circonspect au sujet de l'extension de la règle quantitative de l'accessoire.

96. « On devra analyser le contrat, écrit un auteur à propos de l'échange avec soulte, et lui donner l'une des deux qualifications possibles, mais pas toutes les deux. Et l'on sera fatalement conduit à opter pour la vente, si la contreprestation pécuniaire est nettement supérieure à la valeur de l'immeuble « ajouté au prix »... » (G. Lagarde, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1948, p. 57).

97. F. Génys, *Science et technique*, III, n° 198, p. 80.

A. — L'unité de l'acte et l'opposition des régimes juridiques

360. — L'unité d'un acte peut s'apprécier sous des angles divers. Sur le plan de la nullité, par exemple, il n'est pas besoin d'une grande cohésion entre les éléments pour lier leur sort. A cet égard, on peut voir une opération unique dans une juxtaposition de conventions distinctes à tous autres points de vue. Les parties peuvent créer un lien d'indivisibilité dont les effets sont très limités⁹⁸. Est-ce là une unité suffisante pour justifier la recherche d'une qualification unique, au prix de l'élimination autoritaire d'une catégorie ?

Les parties peuvent combiner les éléments de leur accord selon un rapport d'accessoire à principal au sens strict. L'unité de l'acte est alors renforcée. La qualification mixte est exclue d'emblée par la maxime *accessorium sequitur principale*.

Dans d'autres cas, le contrat se présente comme un amalgame d'éléments divers, reconnaissables mais enchevêtrés et où il n'est pas possible de faire intervenir la règle de l'accessoire.

Il y a toute une gamme de situations et l'idée d'appliquer une seule qualification à un acte unique ne peut être invoquée sans discernement. Le droit positif consacre d'ailleurs parfois des qualifications mixtes⁹⁹.

« Il peut y avoir, remarquait Planiol, des combinaisons dans lesquelles les éléments primordiaux de plusieurs contrats distincts peuvent se mélanger pour former des contrats mixtes... Dès lors, toute la difficulté consiste à savoir si, en présence de ces contrats mixtes, il y a une raison quelconque de leur appliquer un régime unique comme à un contrat simple, ou s'il n'est pas possible de discerner, dans leur nature multiple, les éléments qui la composent, pour appliquer à chacun d'eux les règles qui conviennent à son caractère. Sur ce point, l'hésitation n'est guère possible. Quel avantage trouverait-on à faire violence aux faits et à la nature des choses, pour faire subir à tous les contrats à éléments multiples un régime insuffisant par sa simplicité ?... Il n'y a aucune utilité à

98. *Supra*, n°s 141 s.

99. Nous avons, à maintes reprises, cité l'arrêt de la Chambre civile du 30 octobre 1950 qualifiant un acte d' « opération mêlée de vente et d'échange » (*D.*, 1950, 753 note R. Lenoan ; *J.C.P.*, 1951, II, 6016, note P. Raynaud). Nous avons aussi exposé pourquoi, logiquement, une vente à prix volontairement réduit était en principe un acte mixte, pour partie à titre onéreux et pour partie à titre gratuit (*supra*, n° 160). On peut citer à cet égard, un arrêt de la première section civile de la Cour de cassation en date du 16 juillet 1959 (*D.*, 1960, 185, note R. Savatier). Répondant à une objection du pourvoi, l'arrêt constate que l'acte n'est pas « en même temps, *dans son ensemble*, une vente et une libéralité ». M. le doyen Savatier remarque (note précitée) : « Quand une vente ou un louage sont consentis dans une intention libérale, au-dessous du prix normal, si l'acte ne justifie entièrement ni la qualification d'acte à titre

obtenir une unité systématique pour un contrat qui est composite par sa nature. La simplicité obtenue est fausse parce qu'elle ne correspond pas aux faits ¹⁰⁰. »

361. — Mais il ne faut pas non plus pousser trop loin le souci de logique juridique. La complexité peut être impraticable. L'application distributive de régimes juridiques différents à divers fractions d'un contrat étroitement imbriquées les unes dans les autres se révèle parfois impossible.

Lorsque la Cour de cassation, repoussant la règle *major pars trahit ad se minorem*, a accueilli la qualification mixte d'un contrat, « opération mêlée de vente et d'échange », on n'a pas manqué de signaler la difficulté qu'aurait soulevé cette solution si, d'aventure, était posée la question de rescision pour lésion ¹⁰¹. Si la vente d'immeubles est rescindable pour lésion de plus des sept douzièmes, l'échange ne l'est pas ¹⁰². Que décider si le contrat est à la fois vente et échange ?

« Techniquement, écrit M. le doyen Voirin, il est possible d'imaginer et de réaliser un contrat nouveau formé d'éléments empruntés à plusieurs conventions réglementées par la loi. C'est ainsi qu'a pu être construite la dation en paiement. Mais elle n'est ni une vente ni un paiement. Elle est un contrat distinct de ces deux conventions, bien qu'elle soit réalisée au moyen d'un découpage dans ces deux catégories... Tout autre chose est l'amalgame, dans une opération juridique unique, de deux contrats différents. Pas plus que les époux ne pourraient adopter en bloc deux régimes-types sans se heurter à des incompatibilités irréductibles, les contractants ne peuvent bloquer deux contrats, les fusionner en un seul... Il y a, conclut M. Voirin, dans le domaine du droit des coexistences abusives si ce n'est excessives ¹⁰³. »

C'est dans ces conditions que l'adage *major pars trahit ad se minorem* peut apparaître comme un moyen technique de sortir de l'impasse. Si la cohésion de l'acte est assez forte pour que l'application à ses différentes parties de régimes juridiques opposés ne puisse se réaliser, les nécessités pratiques l'emportent.

Encore faut-il que ces circonstances se présentent pour que l'utilisation du critère quantitatif de l'accessoire n'apparaisse pas comme une simplification abusive. A ce sujet, on peut rencontrer des difficultés sérieuses.

C'est un procédé curieux que celui qui établit la qualification

onéreux, ni celle d'acte à titre gratuit, « en même temps et dans son ensemble », comme dit la Cour de cassation, c'est qu'on se trouve devant un acte mixte, pour partie à titre onéreux et pour partie à titre gratuit. »

100. Note sous Civ., 18 octobre 1911, *D.P.*, 1912, I, 113.

101. P. Raynaud, note sous Civ., 30 octobre 1950, *J.C.P.*, 1951, II, 6016.

102. Article 1706 du Code civil.

103. Note sous 1^{re} Civ., 6 mars 1962, *J.C.P.*, 1962, II, 12838.

d'après le résultat que l'on veut obtenir. Il y a là un « défaut flagrant de méthode¹⁰⁴ ». Sans doute a-t-il été observé que la qualification « se présente à la fois comme une opération et comme un résultat¹⁰⁵ ». Lorsque les particuliers s'efforcent de faire entrer un contrat dans une catégorie en procédant eux-mêmes à la dénomination de l'acte « ce n'est pas sur l'opération de qualification elle-même mais sur le résultat qu'elle permet d'atteindre, que porte l'effort déployé¹⁰⁶ ». Le juge lui-même n'ignore pas l'importance pratique du choix de la catégorie qui « explique et justifie le résultat¹⁰⁷ ». Seulement, une action directe sur la qualification suppose qu'il existe une marge d'incertitude à propos de la détermination de la catégorie convenable. Or, par hypothèse, ce n'est pas du tout le cas ici. Pour que le procédé soit acceptable, il faut qu'une nécessité pratique inéluctable l'impose.

Or, il n'est pas toujours certain que l'on soit en mesure de l'apprécier exactement.

B. — L'adaptation de *major pars trahit ad se minorem* aux besoins pratiques

362. — Le problème de qualification de l'acte se pose toujours concrètement à propos de l'application éventuelle d'une règle déterminée. C'est parce qu'on se demande si le contrat est rescindable pour lésion que l'on recherche s'il doit être qualifié « vente », c'est parce qu'on veut savoir si une des parties est tenue de l'obligation de garantie que l'on examine si l'acte est ou non à titre gratuit... La question posée exerce une influence certaine sur la façon d'envisager le jeu des catégories parce qu'elle met en lumière tel ou tel aspect du régime qui leur est attaché.

Lorsqu'il s'agissait de déterminer si un bien devait être déclaré propre ou commun, il était facile de voir quels étaient les intérêts en présence. Lorsqu'il s'agit de la qualification d'un contrat, l'éventail des questions susceptibles d'être posées est généralement plus large. Il est à peu près impossible de procéder à une comparaison globale des deux régimes que nous supposons applicables. Ce serait une entreprise longue, fastidieuse, exposée aux oublis et aux erreurs. Ne paraîtrait-il pas choquant aussi d'imposer l'élimination d'une catégorie dont tous les éléments sont réunis au prétexte qu'elle concerne une fraction de faible importance quantitative et que son régime s'oppose à celui de la fraction plus importante sur un point qui n'est actuellement pas soulevé et ne le sera peut-être jamais ?

104. Rault, *Le contrat d'édition en droit français ; Etude de jurisprudence française*, thèse, Paris, 1927, p. 83.

105. F. Terré, thèse, n° 4.

106. *Ibid.*, n° 5.

107. P. Voirin, *J.C.P.*, 1947, II, 3719.

Quand la Cour de cassation a considéré qu'un contrat était une « opération mêlée de vente et d'échange », la question posée était celle du sort du bien obtenu en contrepartie. Malgré les inconvénients certains de la solution, il était *possible* et il a pu paraître juste de considérer que ce bien serait indivis entre le patrimoine propre et la communauté. La qualification mixte aurait-elle été retenue si le litige portait sur l'application éventuelle de la rescision pour lésion ? Le conseiller rapporteur laissait entendre que la solution aurait pu être différente¹⁰⁸.

« Mais c'est reconnaître au juge plus d'arbitraire que de liberté, et si la question de la lésion n'est posée que plus tard après qu'une décision, revêtue de l'autorité de la chose jugée aura qualifié la convention d'acte mixte, on ne voit pas comment elle pourra être résolue¹⁰⁹. » Et peut-être serait-il encore plus grave qu'une des catégories ait été éliminée définitivement alors que le jeu simultané de deux régimes juridiques était possible pour bien d'autres questions.

363. — La solution serait peut-être à chercher du côté des qualifications relatives¹¹⁰. Tel contrat, mixte au regard de certaines règles ne pourrait-il être simple au regard de certaines autres ? C'est, dans une large mesure, la pauvreté de la technique qui explique qu'« un même cadre servira de domaine d'application à plusieurs dispositions légales¹¹¹ ».

On pourrait d'ailleurs suggérer une adaptation du système qui aurait le mérite de maintenir l'adage *major pars trahit ad se minorem* dans des limites raisonnables.

On a toujours tendance à faire jouer la règle quantitative de l'accessoire au niveau des qualifications, sans doute parce qu'on la confond avec la maxime *accessorium sequitur principale*. Or, c'est l'opposition des régimes juridiques qui permet de justifier l'emploi du critère arithmétique de l'accessoire. Pourquoi ne l'utiliserait-on pas seulement au niveau de l'application concrète des différentes pièces du régime, sans remonter à la qualification générale ?

108. « Le juge, qui a le pouvoir d'apprécier pleinement, dans son esprit comme dans les suites qu'elle comporte, la tractation intervenue, pourra, non pas sans doute redresser arbitrairement le contrat, mais le situer tel qu'il est, tel qu'il se présente au regard des parties, avec tous les éléments dont les volontés autonomes l'ont composé, avec toutes ses nuances. C'est ainsi qu'il lui sera loisible, par exemple, de déduire des circonstances de la cause, soit l'existence d'un contrat mixte, soit celle, plus simple, et, reconnaissons-le, plus normale au sens de l'article 1407, d'un échange. *De même s'il est flagrant que l'accord intervenu est entaché d'une injuste et intolérable lésion, rien n'empêchera le juge de qualifier la convention de vente et de décider qu'elle a été l'œuvre d'une volonté viciée.* » (R. Lenoan, note sous Civ., 30 octobre 1950, *D.*, 1950, 765.)

109. P. Raynaud, note précitée, *J.C.P.*, 1951, II, 6016.

110. Sur les qualifications relatives et les qualifications absolues cf. F. Terré, thèse, n^{os} 635 s.

111. *Ibid.*, n^o 636.

Il n'est pas satisfaisant de partir du régime applicable pour arriver à la détermination de la catégorie. La méthode consiste à laisser en suspens le résultat de l'opération de qualification et se tourner vers le régime qui découlerait de l'état actuel de l'analyse et lorsqu'on recule effrayé devant ces conséquences, on revient en arrière et l'on se hâte de changer la qualification précédente. Car, il ne faut pas s'y tromper, on avait déjà qualifié le contrat. On avait reconnu les caractères de deux catégories juridiques. Peut-on admettre qu'après avoir qualifié on se réserve de revenir sur les résultats de l'analyse, par crainte des difficultés techniques ? La première qualification ne serait que provisoire. Mais cette qualification « provisoire » est la vraie qualification. Les éléments irréductibles de deux catégories ont été découverts. C'est que l'opération entre pour partie dans chacune de ces deux catégories. Si le sort de la qualification « provisoire » dépend de ses conséquences éventuelles, pourquoi, à la limite, n'irait-on pas jusqu'à admettre qu'en présence d'une qualification unique, on laisserait aussi le résultat de l'analyse en suspens, pour voir si les règles juridiques qui en découleraient n'apparaîtraient pas trop compliquées, et, dans ce cas, revenir sur la qualification « provisoire », éliminer les éléments caractéristiques de la catégorie dont le régime paraît trop délicat à mettre en œuvre, pour ne retenir dans la qualification définitive que les éléments permettant d'identifier la catégorie donnant ouverture au régime le plus simple ?

Il semble plus satisfaisant d'admettre, si les faits l'imposent, une qualification mixte, sauf à faire intervenir la règle *major pars trahit ad se minorem* pour débloquent le mécanisme lorsque l'application des deux régimes juridiques aboutit dans un cas précis à une impossibilité absolue. Il ne s'agirait pas alors de remonter à la qualification qui demeurerait mixte. Il y aurait toujours, en principe, deux régimes applicables. Seulement, lorsque deux règles contraires se heurteraient, seul jouerait le régime de l'élément quantitativement le plus important. On admet bien que l'indivisibilité puisse limiter ses effets à la question de nullité, sans que la qualification en soit modifiée. Pourtant, au moins sur le plan de la validité de l'acte complexe, le régime de chaque élément est altéré en raison de l'influence jouée par la validité de l'autre élément. Admettre que la qualification double subsiste bien que la règle quantitative de l'accessoire soit parfois appelée à modifier, sur certains points, le régime applicable, serait reporter un peu plus loin les limites de l'élasticité des catégories. Ce serait, en somme, ébaucher un régime juridique original, prélude à la reconnaissance d'une catégorie nouvelle.

Cette méthode aurait l'avantage d'éviter l'absorption de la maxime *accessorium sequitur principale* par l'adage *major pars trahit ad se minorem*. Car, à notre point de vue, il serait regrettable de se priver de la souplesse de la règle logique de l'accessoire et d'appliquer aveuglément un système simple mais brutal dont

l'emploi doit être contrôlé pour conserver au droit un minimum de finesse.

*
* *

364. — Le passage du qualitatif au quantitatif est une méthode commode. Il faut savoir ce que représente l'introduction de ce procédé dans la règle de l'accessoire. Rigide mais efficace, la maxime *major pars trahit ad se minorem* est une des techniques dont use le droit positif. Ses applications actuelles ne sont sans doute pas aussi nombreuses qu'on le dit parfois, mais l'instrument reste disponible. Décider de l'employer, c'est donner une solution simple et claire, mais brutale et largement arbitraire. Le dilemme entre la sécurité indispensable à la pratique et le maintien du contact avec la réalité infiniment variée se retrouve à chaque pas de l'élaboration du droit. La solution ne peut être trouvée par aucun procédé scientifique. C'est une option qui dépend largement d'une appréciation subjective. L'essentiel est d'opérer ce choix en connaissance de cause. Qu'une des voies offertes soit l'application d'un adage désignant un aspect de la « règle de l'accessoire » ne doit pas peser sur la décision. Il n'est pas question ici de logique et de bon sens mais de politique juridique.

Cette leçon est celle qui se dégageait déjà des exemples où nous avons vu la maxime *accessorium sequitur principale* tirer d'un rapport d'accessoire à principal au sens strict des effets dépassant les conséquences logiques d'un tel rapport. La réputation de maxime de bon sens qui s'attache à la formule « l'accessoire suit le sort du principal » ne doit pas faire illusion. La règle de l'accessoire n'est pas qu'une règle logique. Il est vrai que c'est presque insensiblement que l'on accentue ses résultats, ou que, de simple indice, la différence de valeur devient critère de l'accessoire, mais l'étape franchie est d'une importance capitale. Le dépassement des conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal comme la déformation du concept d'accessoire font de la règle de l'accessoire un instrument technique qui se juge par ses résultats pratiques.

CONCLUSION

365. — Cette étude de la règle de l'accessoire ne peut s'achever par des propositions définitives. D'abord parce qu'il serait présomptueux de prétendre avoir épuisé un sujet si vaste et aux contours si indécis. Mais aussi parce que, malgré la note d'archaïsme apportée par les adages latins qui la désignent, la règle de l'accessoire est une règle vivante qui fait partie du droit positif et ne peut manquer d'évoluer. Ce sont les perspectives de cette évolution que nous voudrions esquisser pour conclure.

Il ne s'agit évidemment pas de jouer les devins ou les prophètes. Une évolution ne se dessine que lorsqu'elle est déjà à demi réalisée¹. On peut seulement souligner les points qui, actuellement, paraissent les plus vulnérables. Annoncer de nouveaux développements de la règle de l'accessoire ou prévoir son effacement à plus ou moins long terme est aussi porter un jugement de valeur : si une règle est bonne et ses résultats heureux, elle doit prospérer ; si elle est néfaste, elle doit disparaître : ou alors, le droit manquerait à sa mission.

On ne s'étonnera pas que notre appréciation des « chances d'avenir » de la règle de l'accessoire soit nuancée. Nous nous sommes, en effet, efforcés de démythifier les formules qui apparaissent encore souvent mystérieuses. La règle de l'accessoire nous est apparue tantôt comme l'expression des conséquences découlant rationnellement de l'analyse du rapport d'accessoire à principal, tantôt comme une technique originale utilisée pour obtenir certains résultats. Le droit ne saurait se passer de logique². « A raison de

1. Cf. G. Morin, *La révolte du Droit contre le Code*, p. 4.

2. Cependant, le sens et le rôle de la logique dans le droit ne peuvent être considérés comme définitivement établis : les progrès de la logique moderne sont généralement ignorés des juristes. (Cf. G. Kalinowski, *Introduction à la logique juridique*, Paris, L.G.D.J., 1965. — « La logique des normes d'Edmund Husserl », *Archives de la philosophie*

leur nécessité, la valeur de ces procédés ne paraît, dans aucune discipline, pouvoir être mise sérieusement en question³. » Mais les exigences de la vie sociale changent et les techniques juridiques évoluent. A la relative stabilité de la « règle logique de l'accessoire », s'oppose le caractère provisoire de l'utilisation de la règle de l'accessoire au-delà de ses bornes naturelles.

I. — La stabilité de la « règle logique de l'accessoire »

366. — La règle de l'accessoire groupe l'ensemble des conséquences qu'un simple raisonnement logique peut tirer d'un rapport d'accessoire à principal. Parler de logique suppose évidemment que l'on écarte, à ce stade, la conception, si répandue, selon laquelle l'accessoire se distinguerait du principal par une différence d'importance quantitative. Rationnellement, il n'y a aucune raison pour qu'une telle différence — en pratique, on n'envisage guère qu'une différence de valeur appréciée en argent — déclenche un phénomène d'attraction.

Il en va autrement si l'on relie ce que nous avons appelé la notion d'accessoire au sens strict. Cet accessoire doit sa qualité à la liaison originale qui l'unit au principal : affecté au service du principal, il poursuit, en définitive, le même but que lui, mais il ne peut l'atteindre qu'indirectement, en renforçant l'efficacité du principal qui, seul, permet d'obtenir le résultat finalement recherché ; « produit » par le principal, l'accessoire poursuit, cette fois, un but qui lui est propre, mais il n'existe que grâce au soutien constant du principal. Dans les deux cas, l'accessoire occupe une position intermédiaire entre l'indépendance et la fusion avec le principal. Cette liaison établit en même temps une hiérarchie naturelle entre le principal et l'accessoire : le principal est le support de l'accessoire, tandis que la réciproque n'est pas vraie.

De là, il résulte que l'accessoire ne peut survivre privé de son support et suit le principal dans sa chute lorsque celui-ci vient à disparaître ; de là aussi découle cette règle de bon sens que si le principal est l'objet d'une opération juridique qui tend à l'éloigner de l'accessoire, on doit orienter l'interprétation de façon à éviter cette rupture qui signifierait la perte de l'accessoire. Si l'accessoire a besoin du support que représente pour lui le principal, cela signifie que l'accessoire, envisagé seul, est incomplet. Nous avons

du droit, t. X (1965) p. 107 s. — « Possibilité et structure de la logique », *Ibid.*, p. 313 s.) La conception de la logique dont nous avons fait état est sans doute sommaire. Mais il ne s'agissait pas, pour nous, de situer la règle de l'accessoire par rapport aux différentes formes de logique, mais seulement de montrer que la maxime *accessorium sequitur principale* traduisait souvent la mise en ordre de solutions déjà contenues en germe dans les prémisses. On ne peut guère discuter le large usage de la « logique » ainsi entendue.

3. F. Génys, *Science et technique*, I, n° 43, p. 123.

vu que cette caractéristique empêche l'accessoire d'influencer la qualification d'un ensemble dont il fait partie.

Dans tout ceci, la « règle de l'accessoire » se réduit à un raisonnement stéréotypé, fondé sur l'analyse du rapport d'accessoire à principal. Cet aspect de la règle de l'accessoire n'est pas critiquable et on peut penser que la maxime *accessorium sequitur principale*, entendue en ce sens, jouit d'une rare stabilité.

367. — Il n'est naturellement pas question de prétendre que les solutions pratiques que nous avons présentées comme des conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal soient immuables. Mais les changements apportés au tableau ne peuvent guère provenir d'une modification de la règle de l'accessoire elle-même. La plupart des institutions juridiques sont soumises à une double évolution : évolution due à des facteurs internes et évolution due aux modifications de leur « environnement juridique ». La règle logique de l'accessoire nous paraît devoir échapper aux transformations du premier type. Il serait tout à fait extraordinaire que l'on pose en principe, par exemple, que le gaspillage doit succéder à l'économie et que l'on assistera désormais à la destruction d'accessoires qu'on empêchera de suivre le sort de leur support... Mais, la matière à laquelle s'applique le raisonnement peut changer. Pour tirer des conséquences d'un rapport d'accessoire à principal, il faut évidemment un accessoire et un principal. Or, il n'y a pas de liste fermée des accessoires. Même en des domaines où, actuellement, la volonté individuelle n'a pas de prise pour faire ou défaire des accessoires, une intervention législative peut créer de nouveaux accessoires « par nature » ou en faire disparaître de la scène juridique. La « carte grise » d'une automobile est un accessoire auquel les rédacteurs du Code civil n'avaient pas songé... L'hypothèque est actuellement un droit accessoire. Mais, si l'on aménage les cédules hypothécaires détachées des créances garanties, voici un secteur qui échappera à la règle de l'accessoire...

Le domaine de la maxime *accessorium sequitur principale* est encore susceptible d'être restreint ou accru par des voies indirectes en raison de l'évolution qui peut élever ou abattre certains obstacles que le simple raisonnement ne peut franchir. On peut imaginer, par exemple, que si la cession de dette à titre particulier venait à être organisée en droit positif, un champ d'action nouveau s'offrirait à la règle de l'accessoire.

368. — Le secteur des qualifications est sans doute celui où les données sont les plus changeantes. Le jeu de l'adage *accessorium sequitur principale* tient au nombre restreint et à la rigidité des catégories. L'effort continu pour un affinement du droit pousse à élaborer des catégories nouvelles. Parfois, il ne s'agit que d'une division des cadres existants. Les catégories se resserrent alors et la règle de l'accessoire voit son rôle s'accroître. A l'inverse, les

catégories nouvelles peuvent se faire plus nuancées et tenir compte des caractéristiques des éléments accessoires. Cette situation présente l'avantage certain de mieux épouser la réalité. On ne peut multiplier les catégories à l'infini et il est probable que la maxime *accessorium sequitur principale* ne sera jamais totalement éliminée des opérations de qualification. Il reste cependant que cet effacement de la règle de l'accessoire apparaît souvent comme un idéal vers lequel doivent tendre les efforts.

C'est que, dans ce domaine, la maxime *accessorium sequitur principale* s'éloigne davantage de la simple règle de bon sens. Sans doute n'est-elle encore que la traduction de l'application des règles ordinaires de qualification en présence d'un rapport d'accessoire à principal. Mais le raisonnement anime un ensemble de principes strictement techniques et le mécanisme qui met en œuvre l'élimination des nuances peut être vu parfois avec une certaine défaveur. Si un perfectionnement de la technique fait disparaître la règle de l'accessoire, le fait même que l'adage *accessorium sequitur principale* trouve à s'appliquer n'est-il pas le signe d'un état de droit arriéré ? Il ne faut rien exagérer, car le droit a besoin de schématiser, simplifier la réalité. Mais la question mérite d'être posée lorsque la règle de l'accessoire intervient dans un problème de qualification. S'il n'est pas toujours souhaitable, un affinement des catégories est souvent une solution préférable.

Par là on voit déjà que le jeu de la maxime *accessorium sequitur principale* peut signaler à l'attention des juristes des secteurs où des progrès techniques sont assez urgents. Mais, c'est le cas surtout lorsque la règle de l'accessoire ne se borne pas à expliciter des solutions déjà contenues en germe dans le rapport d'accessoire à principal et devient un procédé technique original.

II. — Le caractère provisoire de l'utilisation de la règle de l'accessoire comme procédé technique

369. — L'accessoire a vocation à suivre le sort du principal. Mais, très vite, lorsqu'il s'agit de réaliser cette vocation, on bute sur des obstacles. Franchir ces obstacles est dépasser les conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal. La règle de l'accessoire devient alors un procédé technique permettant d'atteindre un but prédéterminé.

Ainsi, nous avons vu la maxime *accessorium sequitur principale* utilisée pour résoudre un conflit de propriétés, dans la théorie de l'accession. Il ne suffit pas de constater qu'un bâtiment est accessoire du terrain qui le porte pour dépouiller le propriétaire de la construction de sa propriété et l'attribuer au maître du sol. La règle de l'accessoire ne s'impose pas seule, mais elle est utilisée pour donner une solution pratique à une difficulté que le libre jeu des principes ne permet pas de résoudre efficacement. La loi use de la vocation de l'accessoire à suivre le sort du principal, elle la

renforce et fait produire à la règle de l'accessoire des effets exorbitants.

Plus surprenant, peut-être encore, est le changement de nature de l'accessoire. Un lien d'affectation ou de « production » ne peut produire seul un tel effet. Mais, pour mieux suivre le sort du principal, un meuble accessoire devient immeuble par destination ; une obligation — relation entre deux personnes — liée à un droit réel, devient « obligation réelle ». A l'extrême, ce n'est plus pour éviter la rupture avec le principal que l'accessoire change de nature. C'est directement le but recherché ; nous l'avons vu à propos de l'acte de commerce par accessoire... *accessorium sequitur naturam principalis* ! Il faut donner une singulière impulsion à la règle de l'accessoire pour lui faire produire ce résultat.

Il y a plus encore. On se passe d'un véritable rapport d'accessoire à principal et on fait suivre à des éléments de faible valeur le sort de ceux qui sont quantitativement plus importants. Peut-on encore parler d'accessoires ? Sans doute, parce que les effets de la règle, qui s'écrit alors *major pars trahit ad se minorem*, sont analogues à ceux de la maxime *accessorium sequitur principale*. Mais il faut imposer d'autorité à la *minor pars* de s'aligner sur la *major pars*. Le terrain d'élection de ce procédé technique est le secteur des qualifications. De même qu'un accessoire au sens strict — parce qu'il est incomplet — n'influence pas la qualification de l'ensemble dont il fait partie, l'élément de moindre valeur est traité comme s'il était neutre au regard de la détermination de la catégorie applicable.

Ces solutions ne sont pas logiques, en ce sens qu'elles ne se déduisent pas des données. Ce sont des raisons de politique juridique qui les expliquent. C'est parce que le conflit de propriétés né de la construction d'un bâtiment sur le sol d'autrui a été jugé devoir être résolu au profit du maître du sol, que la règle de l'accessoire reçoit, dans la théorie de l'accession, une impulsion qui lui permet d'évincer un propriétaire ; c'est parce qu'on a décidé d'insister sur l'unité économique d'un immeuble et de ses moyens d'exploitation que des meubles deviennent immeubles par destination... C'est parce qu'il est pratiquement fâcheux de retenir une qualification mixte que la règle *major pars trahit ad se minorem* reçoit droit de cité...

370. — Que la règle de l'accessoire soit ainsi l'instrument d'une politique juridique ne suffit pas, *a priori*, à la rendre suspecte⁴.

Le procédé présente d'ailleurs en lui-même des avantages certains.

D'abord, la règle de l'accessoire offre une solution simple et elle

4. Cf. A. Tunc, « Logique et politique dans l'élaboration du droit, spécialement en matière de responsabilité civile », *Mélanges Dabin*, I, p. 317 s.

l'offre *tout de suite*. L'outil est tout forgé, prêt à servir. Par hypothèse, il y a une difficulté à résoudre, difficulté qui tient à l'existence d'un rapport d'accessoire à principal ou à la complexité de la situation. La maxime *accessorium sequitur principale* ou l'adage *major pars trahit ad se minorem* sont virtuellement capables de fournir une réponse. Or, le premier objectif d'une bonne politique juridique est de donner des solutions pratiques dès que le besoin s'en fait sentir.

L'utilisation de la règle de l'accessoire à titre de procédé technique présente en outre l'avantage de se situer dans le prolongement de la déduction logique des conséquences du rapport d'accessoire à principal. Forcer les effets de la maxime *accessorium sequitur principale*, ce n'est qu'accentuer la vocation naturelle de l'accessoire à suivre le sort du principal. User du critère arithmétique de l'accessoire, c'est opérer le passage, si fréquent en droit, du qualitatif au quantitatif ; c'est ériger en critère une caractéristique qui se retrouve effectivement dans nombre d'accessoires au sens strict. Dès lors, les solutions obtenues grâce à la règle de l'accessoire bénéficient au moins d'un terrain favorable et paraissent réaliser une heureuse conciliation entre la logique et la politique.

371. — Cette qualité est d'ailleurs proche de se muer en défaut. On risque en effet de confondre les deux degrés de la règle de l'accessoire. Le danger est double. D'une part, prendre systématiquement notre règle pour l'expression du bon sens et de la logique peut conduire à donner aux applications du procédé technique une interprétation extensive qui ne se justifie pas. D'autre part, la confusion entre ces différents aspects est préjudiciable à la règle de l'accessoire elle-même. Dès que l'on examine d'un peu près les solutions obtenues par un dépassement des conséquences du rapport d'accessoire à principal ou par l'emploi du critère quantitatif de l'accessoire, on doit s'apercevoir que ces résultats ne s'imposent ni par le jeu des principes de « droit commun » ni par la logique. De là à englober dans la même appréciation toute la règle de l'accessoire, à la considérer comme un procédé grossier, vestige d'une civilisation primitive, il n'y a qu'un pas. Mais le franchir est méconnaître les caractéristiques du rapport d'accessoire à principal ; c'est arbitrairement évincer des données importantes. Il n'y a pas que les risques de confusion entre les deux aspects de la règle de l'accessoire. On peut considérer l'emploi de la maxime *accessorium sequitur principale* au-delà de ses limites naturelles et la consécration de l'adage *major pars trahit ad se minorem* comme des signes d'une imperfection de la technique. Par hypothèse, en effet, dans la situation considérée, les principes établis ne sont pas susceptibles de coordination logique et il faut, d'autorité, restreindre la portée d'une règle dont les conditions d'application sont pourtant réunies. La mise en jeu de la règle de l'accessoire révèle des frictions entre les mécanismes juridiques qui ne sont pas sans dangers : « Si la règle A et

la règle B sont logiquement liées, le rattachement d'un cas à l'une ou à l'autre ne sera jamais décisif, et la solution C donnée au cas se reliera sans difficulté aux règles A et B, formant un corps dont il sera facile de dégager d'autres conséquences ; si elles sont en conflit le rattachement à l'une ou à l'autre sera crucial, et l'on peut craindre que la solution C n'engendre d'autres conflits avec la règle rejetée en l'espèce⁵ ». L'appel à la règle de l'accessoire tranche un conflit entre des règles techniques, conflit qui n'apparaîtrait pas dans un système logiquement coordonné.

Lorsque, par voie d'accession, une construction est attribuée au propriétaire du sol, il faut écarter la propriété du constructeur dont, pourtant, les conditions étaient réunies. Lorsqu'un meuble devient immeuble par destination, il faut l'arracher à une catégorie dont il présentait toutes les caractéristiques. Lorsqu'une obligation devient réelle, il faut abandonner à son propos des traits fondamentaux des rapports personnels, bien qu'il s'agisse encore d'une relation d'obligation... N'est-ce pas la preuve que l'aménagement technique du droit de propriété, de la distinction des meubles et des immeubles, de l'opposition du droit réel et du droit personnel... est insuffisant ? Plus nette encore est la réduction opérée par la maxime *major pars trahit ad se minorem*. Cet aspect de la règle de l'accessoire mérite d'être jugé avec une sévérité bien plus grande, car il n'y a même pas le moindre germe de soumission naturelle de l'accessoire au principal. La méthode décourage tout effort d'affinement des qualifications. A quoi bon pousser l'analyse juridique, si c'est pour ne tenir aucun compte des résultats ? Sans doute, pourrait-on dire que la règle *major pars trahit ad se minorem* donne, au contraire, toute liberté à l'interprète, qui n'hésitera pas à fouiller l'analyse dans ses moindres détails puisqu'il saura que les résultats de ses investigations ne troubleront pas la simplicité du régime applicable. Mais c'est supposer que la pure recherche scientifique offre de bien grands attraits pour qu'on persiste à mener des examens poussés sans l'espoir d'un résultat pratique. L'utilisation du critère arithmétique de l'accessoire conduit à s'en tenir à un état de droit rigide et primitif, qui méconnaîtra la réalité, au nom d'une technique infirme.

372. — On ne peut, sans utopie, prôner un système de droit absolument logique, et il est impossible d'éviter les approximations, les hésitations, voire certaines contradictions⁶. Il reste cependant

5. A. Tunc, *loc. cit.*, *Mélanges Dabin*, I, p. 329.

6. « Les disciplines morales et sociales, dont le droit positif fait partie... doivent scruter des réalités nettement données mais échappant, d'elles-mêmes, à toute perception sensible, par suite accessibles à la seule intelligence, sous le contrôle incertain du sentiment, risquant dès lors, faute d'une prise matérielle, de dévoyer les facultés de l'esprit pur, insusceptibles d'une expérimentation rigoureuse, se prêtant mal à l'hypothèse, et pour lesquelles, en même temps, aucun critérium de classifi-

que l'intervention de la règle de l'accessoire atteste d'une certaine contrariété des techniques et qu'il serait plus satisfaisant pour l'esprit que le problème ne naisse pas et qu'un perfectionnement de l'appareil juridique rende sans objet le recours aux adages *accessorium sequitur principale* ou *major pars trahit ad se minorem*. « Mais quand la vie est là, suivant son cours irréversible, criant ses besoins et, pressée par eux, postulant une règle, bonne ou mauvaise, critiquable ou non, en tout cas indispensable, à peine de désordre flagrant ou d'anarchie ruineuse, il faut coûte que coûte, lui faire réponse sans délai et sans ambages⁷ ». Telle est la meilleure justification de l'utilisation de la technique de la règle de l'accessoire. On peut transposer à son sujet ce que GénY disait de la distinction des droits réels et des droits de créance : « ... Consentons qu'il soit fort possible de lui trouver un substitut avantageux, et partant fort légitime de rechercher, dès maintenant, quelque concept répondant mieux au but d'organisation qu'elle poursuit. Il n'en subsiste pas moins que, jusqu'à ce qu'on nous offre cette construction préférable, nous devons maintenir, à titre de moyen technique, justifié par une longue expérience, notre séparation traditionnelle, avec toutes ses conséquences légitimes⁸ ». Or, c'est déjà un rôle extrêmement important que de fournir des solutions pratiques permettant d'attendre que mûrissent de nouvelles techniques plus élaborées. « Lorsqu'il s'agit d'une matière qui n'est pas encore fixée, il est prudent de ne pas mettre en forme trop rapidement les résultats acquis, car, à vouloir les cristalliser prématurément dans des formules techniques trop précises, on risque de perdre le contact avec l'évolution des idées et des mœurs⁹ ». Mais ce n'est pas une raison pour se contenter de la règle de l'accessoire, qui fait souvent figure de solution d'attente. Au contraire, l'utilisation du procédé révèle d'elle-même une certaine insuffisance technique qui devrait inciter à rechercher des solutions nouvelles.

373. -- L'effacement de la règle de l'accessoire employée comme procédé technique est-il proche ? Instrument d'une politique juridique, elle est naturellement menacée dans son contenu actuel par l'évolution des idées dans l'ordre économique et social. Technique aux imperfections certaines, elle doit disparaître devant des formules spécialement créées pour satisfaire aux buts qu'elle permet d'atteindre tant bien que mal.

En ce qui concerne le jeu de l'adage *major pars trahit ad se minorem* dans les qualifications, un substitut technique est tout désigné. C'est l'établissement de catégories nouvelles évitant aussi

cation pleinement naturelle ne paraît s'offrir. » (F. GénY, *Science et technique*, I, n° 42, p. 121.)

7. F. GénY, *Science et technique*, I, n° 62, p. 186.

8. *Science et technique*, III, n° 225, p. 242.

9. R. Perrot, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, thèse, Paris, 1947, n° 25, p. 42.

bien la complexité des qualifications mixtes que la réduction brutale opérée par la règle de l'accessoire. Mais la multiplication excessive des catégories n'est pas non plus souhaitable « parce qu'il est vain de prétendre saisir l'ensemble de la vie autrement que dans des formules un peu générales¹⁰ ». C'est une question de politique juridique qui commandera l'élaboration de cadres nouveaux.

Car l'adaptation des techniques aux fins poursuivies est la grande règle d'évolution du droit. Les prémisses d'une telle évolution se dessinent dans de larges secteurs où la maxime *accessorium sequitur principale* est actuellement utilisée au-delà de ses bornes logiques.

Politiquement, la théorie de l'accession repose sur le postulat de la compétence du propriétaire foncier pour exploiter son bien d'une façon à la fois conforme à ses propres intérêts et bénéfique pour la collectivité. Cette conception pourra-t-elle être soutenue encore longtemps ? La saine exploitation du sol exige de plus en plus d'investissements, qui, la plupart du temps, dépassent les possibilités financières des propriétaires, d'autant plus que des considérations d'ordre social ont conduit à amenuiser dans une large mesure les ressources provenant des baux. Le résultat est que l'exploitation agricole comme l'édification de constructions de quelque importance sont, en fait, de plus en plus subordonnées à l'octroi de crédits, qui ne se fait pas sans contrôles. Si bien que, souvent, l'appréciation de l'usage qu'il convient de faire du sol passe déjà en pratique à des organismes qui ont pour tâche de défendre l'intérêt général. A moins que le propriétaire ne choisisse la solution qui ne lui coûte rien et n'adopte l'attitude la plus stérile en laissant son terrain inemployé. Le risque est d'autant plus grand que le calcul est excellent : des hommes toujours plus nombreux vivant sur un territoire immuable, la surface du sol devient un bien rare et précieux. « Sa valeur va sans cesse croissant depuis un demi-siècle, de manière impressionnante. C'est le sol bien plus que la Bourse qui a été l'instrument des gains oisifs et des spéculations les plus importantes des dernières décennies : il a suffi d'acheter, de garder et de revendre pour gagner à chaque fois¹¹ ». Le droit ne s'attaquera-t-il pas à ces spéculations¹² ?

Déjà on propose de limiter, sinon de supprimer complètement, la vocation de la propriété du sol à englober celle de l'espace occupé

10. A. Tunc, étude précitée, *Mélanges Dabin*, I, p. 329.

11. P. Catala, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1966, p. 189.

12. Comp. Les actes du Concile Vatican II, Constitution pastorale sur l'Eglise dans le monde de ce temps, II^e partie, chapitre III, la vie économique-sociale, n° 71 : « La propriété et les autres formes de pouvoir privé sur les biens extérieurs contribuent à l'expression de la personne et lui donnent l'occasion d'exercer sa responsabilité dans la société et l'économie... De par sa nature même, la propriété privée a aussi un caractère social, fondé dans la loi de commune destination des biens... »

par les constructions. « L'urbanisation n'apparaît-elle pas, dans notre monde, comme une nouvelle manière d'employer collectivement l'espace et son contenu ?... Un tel usage collectif de l'espace est-il compatible avec cette conception mystique de la propriété foncière qui soumettrait, absolument, au maître du sol, l'espace situé au-dessus de celui-ci, avec la matière qui le remplit ¹³ ? ». M le doyen Savatier, qui pose la question, propose une réforme de la propriété foncière destinée à mettre fin au monopole du maître du sol ¹⁴. Ce n'est sans doute pas encore la ruine de la théorie de l'accession ¹⁵, mais n'est-ce pas le germe d'une nouvelle appréciation des données du conflit de propriétés ?

374. — Dans un autre domaine, c'est moins une évolution de la politique juridique que l'amélioration des techniques qui paraît devoir provoquer l'effacement de la règle de l'accessoire telle qu'elle est utilisée actuellement. Un aspect particulièrement curieux et, à bien des égards, choquant, de la règle est le changement de nature imposé à l'accessoire pour s'aligner sur le principal. Le résultat recherché par l'emploi du procédé est d'établir une union étroite entre des éléments que le jeu des principes du droit commun tendrait à séparer. L'immobilisation par destination comme la transmission des obligations accessoires d'une servitude se justifient par le souci d'assurer une bonne exploitation des biens. En tempérant des principes tels que la distinction des meubles et des immeubles ou le caractère strictement personnel des obligations, la règle de l'accessoire contribue à éviter le démantèlement des unités économiques. En renforçant des groupements de biens, voire de charges, elle rend pratiquement supportable la conception du patrimoine dans notre droit. Elle assure un minimum de cohésion des entreprises. Et c'est à une préoccupation voisine que répond, dans un ordre différent, la théorie de l'acte de commerce par accessoire.

Or, il est manifeste que la règle de l'accessoire n'a pas été élaborée spécialement à cette fin. Ses interventions se font en ordre dispersé, pour répondre aux besoins les plus urgents. Elles ne constituent pas un système organisé. Il fallait une solution immédiate, on a utilisé la règle de l'accessoire parce qu'elle permettait tant bien que mal d'obtenir les résultats recherchés. Nous avons assez insisté sur ce point. Mais « la technique ne parvient jamais à satisfaire exactement la finalité de l'institution à promouvoir, si elle n'a pas

13. R. Savatier, « La propriété de l'espace », *D.*, 1965, chron., p. 215.

14. « La loi ayant déterminé, pour chaque cité, la hauteur d'espace comprise dans la propriété du fonds, les propriétaires d'un terrain encore libre pourront, sous réserve du plan d'urbanisme, utiliser cet espace à leur profit. Mais, pour le dépasser verticalement, même avec l'accord de l'Urbanisme, ils devraient payer à la cité les mètres cubes d'espace collectif qu'ils entendent annexer à leur bien... » (*Ibid.*, p. 216.)

15. Nous avons en effet rejeté l'idée de l'accession « phénomène naturel » d'après laquelle la propriété du sol absorberait automatiquement celle des constructions (*supra*, n° 183).

été conçue spécialement pour elle ¹⁶ ». Il serait donc normal que la règle de l'accessoire s'efface devant un procédé élaboré directement en vue du but poursuivi.

A cet égard, une chance a été manquée avec la théorie du fonds de commerce. On aurait pu en faire le point de départ de l'aménagement juridique d'un patrimoine des entreprises commerciales. Mais les solutions du droit positif sont encore très éloignées de cette conception ¹⁷.

Cet échec relatif n'est peut-être pas un mal, car mieux vaut sans doute prendre la question de plus haut, avec des vues plus larges. La théorie de l'entreprise, qui mûrit lentement, doit pouvoir fournir une réponse plus adéquate ¹⁸. Elle doit procurer des résultats plus efficaces que ceux de la règle de l'accessoire. Ainsi, par exemple, l'article 23 alinéa 7 livre I du Code du travail, que l'on peut considérer comme établissant un embryon de passif propre à l'entreprise ¹⁹, prévoit-il la transmission des contrats de travail que la règle de l'accessoire ne pouvait assurer ²⁰. Ainsi encore, ne devrait-il plus être nécessaire de « torturer » les catégories et de transformer des meubles en immeubles...

Il est certain que la théorie de l'entreprise déborde largement les matières actuellement régies par la règle de l'accessoire. A l'inverse, tous les emplois de la maxime *accessorium sequitur principale* à titre de procédé technique n'ont pas pour but de faire apparaître l'entreprise « en filigrane ²¹ ». Il reste cependant que l'achèvement de la théorie de l'entreprise doit rendre inutile nombre d'applications, aujourd'hui importantes, de la règle de l'accessoire.

Mais qui sait si de nouveaux problèmes de frontières n'apparaîtront pas alors avec d'autres institutions, problèmes que l'on sera heureux de résoudre, au moins provisoirement, à l'aide de la règle de l'accessoire ? La matière qui lui est soumise peut changer, le procédé technique demeure. L'outil est disponible, il est probable qu'il trouvera de nouvelles utilisations.

375. — La règle de l'accessoire fait partie du droit positif. Elle se greffe sur les principes existants qui, par conséquent, en com-

16. R. Perrot, thèse, n° 40, p. 65.

17. Cf. R. Savatier, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1958, p. 331 s., n°s 34 s.

18. Il est symptomatique que, consacrant sa thèse de doctorat à l'étude de *L'entreprise et le droit* (Paris, 1956), M. Despax rencontre aussi bien la théorie des actes de commerce (p. 17 s., n°s 14 s.) que le problème de la transmission des créances et des dettes accessoires (p. 50 s., n°s 54 s.), l'immobilisation par destination (p. 81 s., n°s 89 s.) ou les servitudes (p. 85 s., n° 92 s.). Comp. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire, *Essai sur la notion juridique d'exploitation en droit privé français*, thèse, Paris, 1955, n°s 116 s.

19. M. Despax, thèse précitée, n° 70, p. 63.

20. *Supra*, n° 103.

21. M. Despax, thèse, n° 88, p. 80.

mandent le contenu actuel. Le droit de propriété, la distinction des meubles et des immeubles, l'opposition des droits réels et des droits de créance..., c'est sur ces bases techniques que fonctionne la règle de l'accessoire. Ces bases ne sont pas incontestables. De toutes parts des craquements se font entendre. Combien de temps l'édifice lézardé tiendra-t-il ? Modestement, maladroitement parfois, la règle de l'accessoire contribue à le maintenir. Peut-on le lui reprocher ? On s'accommode peut-être mieux de solutions vieilles que de réformes hâtives. Et si, finalement, des bouleversements considérables devaient se produire, n'y aurait-il pas toujours des rapports d'accessoire à principal dont il faudrait en logique tirer les conséquences et le mécanisme de la règle de l'accessoire ne serait-il pas encore susceptible de rendre de nouveaux services en résolvant — pour un temps peut-être — quelques questions dûes aux frictions de principes techniques trop neufs ?

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

- I. ALAUZET : *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, 8 vol., 3^e éd. (1879). Spécialement t. VI.
- C. AUBRY et C. RAU : *Cours de droit civil français*, 12 vol., 5^e éd., par E. BARTIN (1923) et 6^e éd. par E. BARTIN et P. ESMEIN (1935-1958).
- G. BAUDRY-LACANTINIERE : *Traité théorique et pratique de droit civil*, 34 vol., 3^e éd. (1905-1930). Spécialement t. VI, par M. CHAUVEAU (1905), t. XII-XV par L. BARDE (1906-1908), t. XIX par L. SAIGNAT (1908), t. XX-XXII par A. WAHL (1906-1907), supplément (t. XXX-XXXIV) par J. BONNECASE (1924-1930).
- C. BEUDANT : *Cours de droit civil français*, 18 vol., 2^e éd. publiée par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (1934-1953). Spécialement t. IV « Les biens », par P. VOIRIN (1938), t. XII « Les contrats civils », 1^{er} vol., par R. RODIÈRE et A. PERCEROU (1947), t. XIII-XIV « Les sûretés », par P. VOIRIN (1948).
- P. BOUZAT et J. PINATEL : *Traité de droit pénal et de criminologie*, 3 vol. (1963).
- C. BUFNOIR : *Propriété et contrat, théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations* (1900).
- J. CARBONNIER : *Droit civil*. P.U.F., coll. Thémis, t. I (1962), t. II (1959).
- P. CUCHE et J. VINCENT : *Précis de procédure civile*. Dalloz, 13^e éd. (1963).
- DALLOZ : *Jurisprudence générale, répertoire méthodique et alphabétique de législation et de jurisprudence*, éd. 1845.
- *Encyclopédie juridique, répertoire de droit civil* (1951-1955), *répertoire de droit commercial et des sociétés* (1956-1958), *répertoire de droit criminel* (1953-1954), *répertoire de procédure civile et commerciale* (1955-1956). (Les articles intéressant spécialement le sujet figurent en regard du nom de leur auteur à la rubrique « Etudes et articles ».)
- A. DEMANTE et E. COLMET de SANTERRE : *Cours analytique de Code civil*, 9 vol., 2^e éd. (1855-1884).

* Tous les travaux utilisés ne sont pas mentionnés. Seuls sont cités ceux qui traitent directement de la règle de l'accessoire ou de ses utilisations les plus importantes, ainsi que quelques ouvrages dont les conclusions peuvent être aisément transposées pour s'appliquer à la règle.

- R. DEMOGUE : *Traité des obligations en général*, 7 vol. (1923-1933). Spécialement t. VII.
- C. DEMOLOMBE : *Cours de Code Napoléon*, 31 vol., 4^e éd. (1869-1882). Spécialement t. IX, X, XX, XXI, XXIV, XXVI.
- M. DURANTON : *Cours de droit français suivant le Code civil*, 21 vol. (1825-1842). Spécialement t. IV, XVII.
- J. ESCARRA : *Principes de droit commercial*. Avec la collaboration de E. ESCARRA et J. RAULT, t. I (1934).
- E. FUZIER-HERMAN, A. CARPENTIER, G. FRERÉJOUAN DU SAINT : *Répertoire général alphabétique du droit français* (1887).
- E. GARSONNET et C. CEZAR-BRU : *Traité théorique et pratique de procédure*, 9 vol., 2^e éd. (1902). Spécialement t. V.
- F. GENY : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1932).
- *Science et technique en droit privé positif*, 4 vol. (1913-1924).
- E. GLASSON, A. TISSIER et R. MOREL : *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 5 vol. (1925-1936).
- L. GUILLOUARD : *Traité de la vente et de l'échange*, 2 vol. (1889).
- *Traité du contrat de louage*, 2 vol. (1888).
- *Traité du contrat de mariage*, 4 vol. (1888).
- *Traité du contrat de société* (1891).
- J. HAMEL et G. LAGARDE : *Traité de droit commercial*, t. I (1954).
- T. HUC : *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 15 vol. (1892-1903).
- C. LYON-CAEN et L. RENAULT : *Traité de droit commercial*, 8 vol., 5^e éd. (1925-1936).
- F. LAURENT : *Principes de droit civil*, 33 vol. (1869-1878). Spécialement t. XVI.
- V. MARCADE : *Explication du Code Napoléon*, 12 vol., 7^e éd. (1873). Spécialement t. II.
- R. MARTIN, R. MAUS, P. LAFARGE, B. MARTIN : *Manuel des baux commerciaux*, 4^e éd. (1957).
- G. MARTY et P. RAYNAUD : *Droit civil*, t. II, 1^{er} vol. (1962) et 2^e vol. (1965).
- H.-L. et J. MAZEAUD : *Leçons de droit civil*, t. II, 3^e éd. (1966), t. III, 2^e éd. (1963), t. IV, 2^e éd., 2 vol. (1966). Les références indiquées au cours de l'ouvrage concernent la première édition des tomes II (1956) et IV (1963).
- R. MERLE et A. VITU : *Traité de droit criminel* (1967).
- H. de PAGE : *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV (1964), t. VI (1953).
- POTHIER : *Coutume d'Orléans*. — *Traité du contrat de vente*. — *Traité du louage*.
- M. PLANIOL et G. RIPERT : *Traité pratique de droit civil français*, 14 vol., 2^e éd. (1952-1963). Spécialement t. II par A. ROUAST (1952), t. III par M. PICARD (1952), t. V par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN (1957), t. VI par P. ESMEIN (1952), t. VII par P. ESMEIN, J. RADOUAN et G. GABOLDE (1954), t. VIII par J. BOULANGER (1957), t. X par J. HAMEL, F. GIVORD et A. TUNC (1956), t. XIII par E. BECQUE (1953).
- G. RIPERT et J. BOULANGER : *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, 4 vol. (1956-1959).
- G. RIPERT et R. ROBLOT : *Traité élémentaire de droit commercial*, 2 vol., 5^e éd. (1963).
- P. ROUBIER : *Le droit transitoire*, 2^e éd. (1960).

- E. THALLER et J. PERCEROU : *Traité élémentaire de droit commercial*, 2 vol., 8^e éd. (1931).
 A. VITU : *Procédure pénale*. P.U.F., coll. Thémis (1957).

THESES ET OUVRAGES SPECIAUX

- H. ABERKANE : *Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels ; Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*. Thèse, Paris, 1955.
 P. APPERT : *Des actes de commerce terrestres*. Thèse, Paris, 1897.
 G. BALBI : *Le obbligazioni propter rem*. Memorie delle institute giuridico delle Università di Torino, 1950.
 J.-L. BARTHO : *De l'origine de l'adage vilis mobilia possessio et de son influence sur le Code civil*. Thèse, Paris, 1886.
 J. BERNARD : *De la plus-value des propres*. Thèse, Paris, 1934.
 E. BLAIS : *De l'influence de la profession sur le caractère civil ou commercial des actes juridiques*. Thèse, Poitiers, 1924.
 M. BOUYSSOU : *Les libéralités avec charges en droit civil français*. Thèse, Toulouse, 1945.
 L. BOYER : *La notion de transaction ; Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*. Thèse, Toulouse, 1947.
 J. BRISSE SAINT MACARY : *De l'accession artificielle immobilière*. Thèse, Bordeaux, 1929.
 S. CALASTREING : *La relativité des conventions ; Etude de l'art. 1165 du Code civil*. Thèse, Toulouse, 1939.
 H. CAPITANT : *De la cause des obligations*, 3^e éd. (1927).
 H. CAZENAVETTE : *Le régime foncier hypothécaire établi par les lois du 9 messidor an III et 11 brumaire an VII*. Thèse, Toulouse, 1898.
 R. CELICE : *L'erreur dans les contrats ; Etude sur la jurisprudence française*. Thèse, Paris, 1922.
 J. CHALLAMEL : *Etude sur les cédules hypothécaires*. Thèse, Paris, 1878.
 J. CHAMPEAUX : *Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*. Thèse, Strasbourg, 1931.
 J. CHEREST : *De la mobilisation du crédit hypothécaire*. Thèse, Paris, 1912.
 P.-A. CHEVRIER : *La donation de fruits et revenus*. Thèse, Paris, 1929.
 A. COLOMER : *L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux, le mal et ses remèdes*. Thèse, Paris, 1953.
 R. CORNILLE : *Vente et louage de choses ; Contribution à l'étude des contrats réglementés*. Thèse, Lille, 1926.
 C. CROIZAT : *La notion de fruits en droit civil, en droit commercial et en droit fiscal*. Thèse, Lyon, 1925.
 J. DABIN : *Le droit subjectif* (1952).
 G. DACHER : *De la priorité de souscription dans les émissions de titres*. Thèse, Paris, 1913.
 J. DASPRE : *De la demande reconventionnelle en matière de séparation de corps et de divorce*. Thèse, Grenoble, 1954.
 J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE : *Essai sur la notion juridique d'exploitation en droit privé français*. Thèse, Paris, 1955.
 J. DERRUPPE : *La nature juridique du droit du preneur à bail et la dis-*

- inction des droits réels et des droits de créance.* Thèse, Toulouse, 1951.
- H. DESBOIS : *Le droit d'auteur* (1950).
- M. DESPAX : *L'entreprise et le droit.* Thèse, Paris, 1956.
- L. DUCHANGE : *Des actes de commerce par relation.* Thèse, Paris, 1900.
- J.-J. DUPEYROUX : *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit.* Thèse, Toulouse, 1955.
- P. ESMEIN : *Etude de l'acte juridique à titre gratuit.* Cours de doctorat, Paris, 1934.
- M. FRÉJAVILLE : *Des meubles par anticipation.* Thèse, Paris, 1927.
- E. GAUDEMET : *Etude sur le transport de dettes à titre particulier.* Thèse, Dijon, 1898.
- E. GENDREAU : *La mobilisation du crédit foncier ; Etude de l'obligation hypothécaire au porteur.* Thèse, Poitiers, 1923.
- J. GHESTIN : *La notion d'erreur dans le droit positif actuel.* Thèse, Paris, 1961.
- S. GINOSSAR : *Droit réel, propriété et créance* (1960).
- GONZALVE GOUBEUX : *Etude sur la clause d'indivision forcée et perpétuelle en droit civil français.* Thèse, Nancy, 1910.
- F. GRIVEL : *Des constructions élevées sur le terrain d'autrui et des droits qui en naissent dans le droit romain et dans le droit français.* Thèse, Paris, 1871.
- B. GROSS : *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats.* Thèse, Nancy, 1962.
- P. GULPHE : *L'immobilisation par destination.* Thèse, Paris, 1943.
- J. HAMEL : *La notion de cause dans les libéralités ; Etude de la jurisprudence française et recherche d'une définition.* Thèse, Paris, 1920.
- E.-P. HENRY : *De l'accession.* Thèse, Paris, 1871.
- P. JAUBERT : *Les propres mobiliers dans la communauté légale.* Thèse, Bordeaux, 1942.
- A. JAUFFRET : *Du droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles.* Thèse, Aix, 1926.
- B. JEANNEAU : *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative.* Thèse, Poitiers, 1954.
- M. de JUGLART : *Obligations réelles et servitudes en droit privé français.* Thèse, Bordeaux, 1937.
- M. KORNPROBST : *Etude sur la notion de servitude en droit privé français contemporain.* Thèse, Strasbourg, 1936.
- M. LABORDE-LACOSTE : *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé français.* Thèse, Bordeaux, 1916.
- P. LAGARDE : *Recherches sur l'ordre public en droit international privé.* Thèse, Paris, 1957.
- C. LAPP : *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier.* Thèse, Strasbourg, 1950.
- E. LARCHER : *Des constructions élevées sur le terrain d'autrui.* Thèse, Nancy, 1894.
- M. LAURIOL : *La subrogation réelle.* Thèse, Alger, 1952.
- M. LAVALETTE-SIMON : *L'immobilisation des fonds de commerce et la loi de 1909.* Thèse, Paris, 1913.
- P. LEVIE : *Traité théorique et pratique des constructions érigées sur le terrain d'autrui.* Thèse, Louvain, 1951.
- E.-L. MARTIN : *Le droit de souscription aux augmentations de capital et*

- la condition des titres souscrits par un époux commun en biens.* Thèse, Lille, 1944.
- J. MAURY : *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français.* Thèse, Toulouse, 1920.
- L. MICHON : *Les obligations propter rem dans le Code civil.* Thèse, Nancy, 1891.
- L. MOURGEON : *Les effets des conventions à l'égard des ayants cause à titre particulier en droit français.* Thèse, Paris, 1934.
- X. PERRIN : *La conversion par réduction des actes et des personnes juridiques.* Thèse, Dijon, 1911.
- R. PERROT : *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques.* Thèse, Paris, 1947.
- J. PIÉDELIEVRE : *Des effets produits par les actes nuls ; Essai d'une théorie d'ensemble.* Thèse, Paris, 1911.
- R. PIFFRE DE VAUBON : *Du caractère des actions nouvelles souscrites par une femme mariée en vertu d'un droit de préférence.* Thèse, Paris, 1928.
- A. PONSARD : *Les donations indirectes en droit civil français.* Thèse, Dijon, 1946.
- F. POUGET : *Des cédules hypothécaires.* Thèse, Paris, 1902.
- G. REDAUD : *Les parts sociales sous le régime de communauté.* Thèse, Paris, 1929.
- A. RIEG : *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand.* Thèse, Strasbourg, 1958.
- L. RIGAUD : *Le droit réel ; Histoire et théories ; Son origine institutionnelle.* Thèse, Toulouse, 1912.
- M. RIOU : *Le fonds de commerce dans les régimes matrimoniaux.* Thèse, Paris, 1950.
- G. RIPERT : *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines.* Thèse, Aix, 1902.
— *Les forces créatrices du droit* (1955).
- A. ROUAST : *Les grands adages coutumiers dans le droit des obligations.* Cours de doctorat, Paris, 1953-1954.
- J. SILLARD : *Le commerçant propriétaire de l'immeuble où il exploite son fonds de commerce.* Thèse, Rennes, 1933.
- F. TERRE : *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications.* Thèse, Paris, 1955.
- P. TIMBAL : *Les donations rémunératoires en droit romain et en droit civil français.* Thèse, Toulouse, 1924.
- M. TOUROLLE : *La cédule hypothécaire.* Thèse, Paris, 1913.
- J. VALLOIR : *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit ; Etude de technique juridique.* Thèse, Rennes, 1919.
- G. VIVIER : *La fourniture de logement au salarié par l'employeur.* Thèse, Nancy, 1949.
- A. WEILL : *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français.* Thèse, Strasbourg, 1938.

ETUDES ET ARTICLES

- J. ARCHEVÊQUE, J.-M. LEGRAND, P. de BELOT : « La loi du 30 juillet 1960 sur les baux commerciaux », *G.P.*, 1960, 2, doctr., p. 27 s.
- E. BECQUE : « L'inefficacité des conventions sur l'hypothèque légale en cas d'indisponibilité des créances de la femme contre son mari », *Etudes à la mémoire de H. Capitant* (1939), p. 61 s.
- « A propos de quelques difficultés soulevées par la licence d'exploitation des moulins et le contingent de mouture », *J.C.P.*, 1952, I, 1065.
- R. BERAUD : « L'indispensable nécessité des locaux commerciaux accessoires », *Annales des loyers*, 1954, p. 640 s.
- J.-B. BLAISE : « Les rapports entre le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel il est exploité », *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1966, p. 827 s.
- J. BOULANGER : « Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1950, p. 1 s.
- *Principes généraux du droit en droit positif. Le droit privé français au milieu du vingtième siècle*, études offertes à G. Ripert (1950), t. I, p. 51 s.
- *Encyclopédie Dalloz, Droit civil*, V° « Pacte sur succession future » (1953).
- J. BRAULT : « Des règles nouvelles de l'accession dans les baux d'hôtellerie », *G.P.*, 1964, 2, Doctr., p. 30.
- M. CORDIER : « Les règles de formation du bail rural et les obligations et droits des parties en cours de bail », *J.C.P.*, 1963, éd. N., I, 1761.
- R. COURREGELONGUE : « La condition juridique du gemmeur », *J.C.P.*, 1947, I, 642.
- J. DABIN : « Une nouvelle définition du droit réel », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 20 s.
- G. DALIMIER : « Les clauses d'annexes de propres et les clauses de prélèvement à titre onéreux dans les contrats de mariage », *J.C.P.*, 1953, éd. N, I, 1068.
- J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE : « De l'application de l'article 555 du Code civil dans les rapports des personnes qu'unit un lien d'obligation », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1959, p. 411 s.
- H. DESBOIS : « Les donations de fruits et revenus : le problème de leur restitution éventuelle », *Sem. Jurid.*, 1929, p. 939 s.
- *Encyclopédie Dalloz, Droit civil*, V° « Propriété littéraire et artistique » (1954).
- R. DESIRY : « Réflexions sur la nature juridique du droit au maintien dans les lieux institué par la loi du 1^{er} septembre 1948 », *D.*, 1954, chron., p. 163.
- M. DUNI : « De la convention de bail à la relation légale d'occupation », *D.*, 1964, chron., p. 161 s.
- P. ESMEIN : « Les donations de fruits et revenus, *Rép. Gén. Not.*, 1934, art. 23958 et 23987.
- I. GALVAO TELES : « La cession de contrat », *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1951, p. 217 s.
- J.-H. du GARREAU de la MECHENIE : « La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1944, p. 219 s.

- R. GARRON : « Influence de la destination sur le régime juridique des droits », *D.*, 1965, chron., p. 191.
- S. GINOSSAR : « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, p. 573 s.
- C. GIVERDON : « Le droit commercial, droit des commerçants ; Le critère de la profession commerciale », *J.C.P.*, 1949, I, 770.
- « Les délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce », *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1953, p. 859 s.
- *Encyclopédie Dalloz, Procédure*, V° « Demande reconventionnelle » (1955).
- H. GUÉRIN : « Les ventes avec primes et le nouveau décret du 5 août 1961 portant application de la loi du 20 mars 1951 prohibant ce système de ventes », *J.C.P.*, 1961, I, 1649.
- P. HEBRAUD : *L'instabilité monétaire et les règlements d'intérêts familiaux. Le droit privé français au milieu du vingtième siècle*, Etudes offertes à G. Ripert (1950), t. I, p. 499 s.
- P. JANVIER : *Encyclopédie Dalloz, Procédure*, V° « Appel incident » (1955).
- A. JAUFFRET : *Encyclopédie Dalloz, Droit commercial*, V° « Actes de commerce » (1956).
- P. KAYSER : « Les augmentations de capital des sociétés et le caractère des nouveaux droits sociaux dans le régime de la communauté d'acquêts », *J.C.P.*, 1948, I, 800.
- J. LACOMBE : « La responsabilité de l'exploitant d'un magasin à l'égard de ses clients », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1963, p. 242 s.
- Y. LAFAGE : « La servitude de passage pour cause d'enclave devant le tribunal d'instance », *G.P.*, 1960, 2, Doctr., p. 18.
- D. LANDREAU : « L'enclave », *J.C.P.*, 1963, I, 1784.
- J. LARGUIER : *Encyclopédie Dalloz, Droit civil*, V° « Biens » (1951).
- R. LE BALLE : « Rapport et réduction des libéralités portant sur des fruits et revenus », *Rev. Crit.*, 1926, p. 541 s.
- J. LÉPARGNEUR : « De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs au bien transmis », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1924, p. 481 s.
- P. MALAURIE : *Encyclopédie Dalloz, Droit civil*, V° « Vente » (1955).
- J. MAURY : *Encyclopédie Dalloz, Droit civil*, V° « Cause » (1951).
- R. MEURISSE : « Le louage de pâture et la récente législation des fermages », *G.P.*, 1949, 2, Doctr., p. 54.
- G. MINVIELLE : *Encyclopédie Dalloz, Droit civil*, V° « Louage d'ouvrage et d'industrie » (1953).
- M. NAST : « De l'étendue du droit pour le propriétaire d'un immeuble hypothéqué de l'administrer et de l'exploiter », *Rép Gén. Not.*, 1935, art. 24101 et 24112.
- R. NERSON : *Encyclopédie Dalloz, Droit civil*, V° « Indivision » (1952).
- « Observations sur quelques espèces particulières d'indivision », *Mélanges en l'honneur de R. Savatier* (1965), p. 707 s.
- A. PONSARD : « Commentaire de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux », *D.*, 1966, L., p. 111 s.
- H. ROLAND : « Observations sur la vente des véhicules d'occasion », *D.*, 1959, chron., p. 161 s.
- P.-A. ROSENFELD et S. LINDSKY : « Indivision, copropriété et partage successoral par appartements », *D.*, 1955, chron., p. 33 s.
- H. ROUSSEAU : *Commerçants et actes de commerce en droit français*.

- Etudes de droit commercial ; Mélanges publiés par la Faculté de Droit de Bâle en l'honneur de M. K. Wieland (1934), p. 310 s.
- R. SAINT-ALARY : « Le caractère civil ou commercial des entreprises travaillant sur les œuvres de l'esprit », *J.C.P.*, 1946, I, 493.
- « Les constructions, plantations et ouvrages faits par le preneur sur les lieux loués », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1947, p. 263 s.
- « De la compétence des tribunaux de commerce ; théorie générale des actes de commerce », *Juris Classeur Droit commercial*, art. 632 (1951).
- R. SAVATIER : « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1934, p. 526 s.
- « La souscription d'actions ou de parts sociales par un époux commun en biens », *J.C.P.*, 1944, éd. N. I, 413.
- « Peut-on remédier dans les contrats de mariage à l'insécurité causée dans les rapports entre époux par l'instabilité de la monnaie ? » *Rép. Gén. Not.*, 1948, p. 169 s.
- « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1958, p. 1 s.
- « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1958, p. 331 s.
- « La propriété de l'espace », *D.*, 1965, Chron., p. 213 s.
- L. SÉGUR : « Le sort des parts sociales en régime de communauté », *Rev. Soc.*, 1959, p. 140 s.
- L. SIEDLECKI : « Les demandes reconventionnelles, étude critique et comparative », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1937, p. 772 s.
- A. TUNC : « Logique et politique dans l'élaboration du droit, spécialement en matière de responsabilité civile », *Mélanges en l'honneur de J. Dabin* (1963), t. I, p. 317 s.
- G. VEDEL : « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *J.C.P.*, 1950, I, 851.
- A. WEILL : *Encyclopédie Dalloz, Droit civil*, V° Communauté (1951).

NOTES, RAPPORTS, CONCLUSIONS

- E. AUDINET : Sous Civ., 12 décembre 1921, *S.*, 1923, 1, 353 (Indisponibilité de l'hypothèque garantissant une créance indisponible).
- L. BALLEYDIER : Sous Civ., 11 janvier 1927, *S.*, 1927, 1, 345 (Indisponibilité de l'hypothèque garantissant une créance indisponible).
- Mme BEQUIGNON-LAGARDE : Sous Civ., 24 février 1930, *S.*, 1930, 1, 297 (Servitude de passage). — Sous Req., 25 novembre 1935, *S.*, 1936, 1, 129 (Appel incident).
- André BESSON : Sous Civ., 24 février 1930, *D.*, 1932, 1, 9 (Servitude de passage).
- P. BINET : Sous Req., 25 octobre 1909, *D.P.*, 1910, 1, 257 (Plus-values).
- P. BIZIÈRE : Sous Paris, 11 avril 1962, *J.C.P.*, 1963, II, 13158 (Appel incident).
- H. BLIN : Sous 1^{re} Civ., 4 mai 1959, *J.C.P.*, 1960, II, 11409 (Accession).
- J.-D. BREDIN : Obs. *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1963, p. 121 ; 1963, p. 379 ; 1965, p. 373 (Accession).

- J. CALAIS-AULOY : Sous Rouen, 16 janvier 1959, *D.*, 1960, 177 (Acte de commerce par accessoire).
- H. CAPITANT : Sous Civ., 12 déc. 1921, *D.P.*, 1922, 1, 153 ; Sous Civ., 11 janv. 1927, *D.P.*, 1927, 1, 129 (Indisponibilité de l'hypothèque garantissant une créance indisponible). — Sous T. Civ. Seine, 7 juin 1935, *D.P.*, 1936, 2, 94 (Plus-values).
- J. CARBONNIER : Sous Colmar, 13 août 1951, *D.*, 1952, 604 (Demande reconventionnelle).
- C. CEZAR-BRU : Sous Soc., 16 juin 1942 et 10 juin 1943, *D.C.*, 1944, 49 (Appel incident).
- A. CHARRON : Sous Civ., 18 décembre 1935, *Journ. Soc.*, 1937, 476 (Actions souscrites avec des valeurs propres et communes).
- M. CHAVRIER : Sous Chambéry, 7 décembre 1964, *D.*, 1965, 123 (Accession).
- R. COMBALDIEU : Concl. Paris, 16 février 1953, *J.C.P.*, 1953, II, 7852 (Acte de commerce par accessoire).
- R. COURREGELONGUE : Sous T. Civ. Mont-de-Marsan, 29 mai 1947, *J.C.P.*, 1947, II, 3750. — Sous T. Par. Arr. Mont-de-Marsan, 18 juillet 1952, *J.C.P.*, 1952, II, 7301 (Contrat accessoire).
- A. DALSACE et J. SCHAPIRA : Sous Rouen, 16 janvier 1959, *S.*, 1960, 207 (Acte de commerce par accessoire).
- H. DESBOIS : Obs. *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1957, 102 (Accession).
- DUPIN : Concl. Ch. Réun., 27 mai 1842, *D.*, 1842, 1, 304 (Caractère accessoire du droit de reproduction d'une œuvre d'art).
- P. DURAND : Sous Req., 18 décembre 1935, *S.*, 1937, 1, 57 (Actions souscrites avec des valeurs propres et communes). — Sous T. Civ. Seine, 10 mars 1937, *S.*, 1938, 2, 73 (Souscription d'actions sous le régime total).
- P. ESMEIN : Sous Com., 23 mai 1964, *J.C.P.*, 1965, II, 14116 ; Sous Civ., 1^{er} décembre 1964, *J.C.P.*, 1965, II, 14213 (Accession).
- J. FLOUR : Civ., 16 décembre 1940, *D.C.*, 1943, 104 (Donation de fruits et revenus).
- FOCHIER : Rapp. Req., 25 octobre 1909, *D.P.*, 1910, 1, 257 (Plus-values).
- M. FRÉJAVILLE : Sous Req., 18 décembre 1935, *D.P.*, 1936, 1, 129 (Actions souscrites avec des valeurs propres et communes). — Sous Aix, 3 janvier 1952, *J.C.P.*, 1952, II, 6908 (Accession).
- E. GAUDEMET : Obs. *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1910, p. 161 (Plus-values). — Sous Civ., 18 octobre 1911, *S.*, 1912, 1, 449 (Qualification du contrat d'entreprise). — Obs. *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1922, p. 395 et 1925, p. 91 (Indisponibilité de l'hypothèque garantissant une créance indisponible).
- P. GERVESIE et M. CHAVRIER : Sous Lyon, 5 mai 1952, *D.*, 1953, 169 (Validité d'une clause pénale dans une donation-partage).
- F. GORE : Sous Lyon, 14 février 1956, *D.*, 1957, 166 (Acte de commerce par accessoire).
- P. HEBRAUD : Obs. *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1965, p. 339 (Demande reconventionnelle).
- J. HEMARD : Sous Lyon, 9 juin 1953, *J.C.P.*, 1954, II, 7968. — Sous Civ., 1^{er} février 1956, *D.*, 1956, 333. — Sous Civ., 19 mars 1958, *J.C.P.*, 1958, II, 10618 (Caractère accessoire de la « carte grise » d'une automobile).
- P. KAYSER : Sous Agen, 21 juin 1950, *J.C.P.*, 1951, II, 6326 (Actions souscrites avec des valeurs propres et communes).

- J.-E. LABBÉ : Sous Req., 28 janvier 1878, *S.*, 1879, 1, 289 (Acte de commerce par accessoire).
- G. LAGARDE : Obs. *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1936, p. 169 ; 1942, p. 192 ; 1950, p. 181 (Actions souscrites avec des valeurs propres et communes). — Obs. *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1948, p. 57 ; 1951, p. 69 (Qualification de l'échange avec soulte). — Obs. *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1950, 182 (Accession).
- H. LALOU : Sous Paris, 5 juillet et 18 novembre 1935, *D.P.*, 1936, 2, 30 (Immobilisation par destination). — Sous T. Civ. Seine, 13 juillet 1944, *D.C.*, 1944, 173 (Accession).
- J. LEAUTE : Sous Civ., 17 nov. 1953, *J.C.P.*, 1954, II, 8371 (Bail rural et vente d'herbe : qualification).
- M. LEGALCHER-BARON : Sous Montpellier, 11 juin 1958, *D.*, 1959, 10 (Plus-values).
- R. LENOAN : Sous Civ., 30 octobre 1950, *D.*, 1950, 753 (Qualification de l'échange avec soulte).
- R. LINDON : Sous Civ., 11 décembre 1962, *D.*, 1963, 131 (Accession).
- G. MADRAY : Sous Soc., 10 juin 1943, *J.C.P.*, 1943, A, IV, 197 (Appel incident).
- M.F. MAROI : *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1930, p. 495 (Accession).
- MÉNARD : Rapp. Ch. Réun., 27 mai 1842, *D.P.*, 1842, 1, 302 (Caractère accessoire du droit de reproduction d'une œuvre d'art).
- H. MOREAU : Sous Req., 18 décembre 1935, *Sem. Jurid.*, 1936, 169 (Actions souscrites avec des valeurs propres et communes).
- E. NAQUET : Sous Req., 25 octobre 1909, *S.*, 1911, 1, 361 (Plus-values).
- M. NAST : Sous Rennes, 9 juin 1928, *D.P.*, 1929, 2, 129 (Plus-values).
- A. PLANQUEL : Sous T. Civ. Rennes, 27 février 1956, *S.*, 1956, 185 ; Sous 1^{re} Civ., 4 mai 1959, *S.*, 1960, 171 (Accession).
- M. PLANIOL : Sous Paris, 8 févr. 1892, *D.P.*, 1892, 2, 409 (Accession). — Sous Civ., 18 octobre 1911, *D.P.*, 1912, 1, 113 (Qualification du contrat d'entreprise).
- G. POCHON : Sous 2^e Civ., 16 juillet 1959, *D.*, 1959, 511 (Activité principale au regard de la réglementation des prestations familiales).
- A. PONSARD : Sous Besançon, 14 décembre 1955, *J.C.P.*, 1957, II, 9706 (Accession).
- J. PRÉVAULT : Sous Grenoble, 13 février 1963, *D.*, 1964, 273 (Demande reconventionnelle).
- J. RADOUANT : Sous Civ., 6 octobre 1941, *J.C.P.*, 1942, II, 1794 (Actions souscrites avec des valeurs propres et communes).
- A. RAISON : Sous 1^{re} Civ., 30 décembre 1959, *Journ. Not.*, 1960, p. 320 (Accession).
- P. RAYNAUD : Sous Douai, 26 janvier 1948, *S.*, 1949, 2, 1 (Plus-values, accession). Sous Civ., 30 octobre 1950, *J.C.P.*, 1951, II, 6016 (Qualification de l'échange avec soulte). — Sous T.G.I. Versailles, 27 avril 1964, *J.C.P.*, 1965, II, 14299 (Saisie d'un bail accessoire).
- R. RODIÈRE : Sous Aix, 5 octobre 1954, *J.C.P.*, 1955, II, 8548 (Art. 1615 C. Civ. et droits de créance accessoires).
- R. SAINT-ALARY : Sous Aix, 29 décembre 1949, *J.C.P.*, 1950, II, 5571 (Immobilisation par destination). — Sous Civ., 7 mars 1955, *D.*, 1955, 590 (Accession).
- E. SALLE DE LA MARNIÈRE : Sous Besançon, 14 décembre 1955, *D.*, 1957, 358 (Accession).
- R. SAVATIER : Sous Req., 3 et 26 juillet 1928, *D.P.*, 1929, 1, 9 (Indispos-

- nibilité de l'hypothèque garantissant une créance indisponible). — Obs. *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1952, p. 92 et 1961, p. 164. (Don manuel et remise de la « carte grise » d'une automobile). — Sous 1^{re} Civ., 16 juillet 1959, *D.*, 1960, 185 (Qualification d'une vente à prix réduit). — Sous Civ., 19 janvier 1960, *D.*, 1960, 477 (Partage d'un immeuble par appartements). — Sous 1^{re} Civ., 4 février 1963, *J.C.P.*, 1963, II, 13159 (Transmission de l'obligation de garantie).
- H. SOLUS : Obs. *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1925, p. 148, p. 392 ; 1927, p. 493 (Indisponibilité de l'hypothèque garantissant une créance indisponible). Obs. *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1952, 244 (Accession).
- D. TALLON : Sous 1^{re} Civ., 14 octobre 1963, *D.*, 1964, 513 (Servitude de passage).
- F. TARABEUX : Sous Grenoble, 13 février 1963, *J.C.P.*, 1963, II, 13385 (Demande reconventionnelle).
- G. TOUJAS : Sous Civ., 27 juin 1944, *J.C.P.*, 1945, II, 2782 (Immobilisation par destination).
- A. TUNC : Sous Aix, 20 juillet 1943, *D.*, 1946, 232 (Acte de commerce par accessoire).
- J. VALERY : Sous Lyon, 17 février 1900, *D.P.*, 1903, 2, 251 (Immobilisation par destination).
- P. VOIRIN : Sous Civ., 22 novembre 1937, *D.P.*, 1938, 1, 62 (Servitude de passage). — Sous Civ., 16 décembre 1940, *J.C.P.*, 1941, II, 1655 (Donation de fruits et de revenus). — Sous Paris, 21 juillet 1941, *J.C.P.*, 1942, II, 1767 (Demande reconventionnelle). — Sous Req., 18 février 1947, *J.C.P.*, 1947, II, 3719 (Catégorie juridique). — Sous T. par. arr. Agen, 1^{er} décembre 1947, *J.C.P.*, 1948, N., II, 4614 (caractère accessoire du contrat de cheptel). — Sous Lyon, 6 mai 1952, *J.C.P.*, 1953, II, 7760 (Validité de la clause pénale dans une donation-partage). — Sous 1^{re} Civ., 21 janvier 1958, *J.C.P.*, 1959, II, 10962 (Partage d'un immeuble par appartements). — Sous 1^{re} Civ., 11 juillet 1960, *D.*, 1960, 702 (Don manuel et remise de la « carte grise » d'une automobile). — Sous 1^{re} Civ., 6 mars 1962, *J.C.P.*, 1962, II, 12838 (Qualification de l'échange avec soulte). — Sous T.G.I. Valenciennes, 22 mars 1962, *J.C.P.*, 1962, II, 12937 (Validité de la clause pénale dans un partage d'ascendant). — Sous Paris, 14 mai 1963, *D.*, 1965, 176 (La règle « major pars trahit ad se minorem »). — Sous 1^{re} Civ., 5 janvier 1966, *J.C.P.*, 1966, II, 14592 (Indivisibilité).
- R. VOUIR : Sous Douai, 26 janvier 1948, *J.C.P.*, 1950, II, 5438 *bis* (Plus-values ; Accession).
- A. WAHL : Sous Civ., 19 juillet 1893, *S.*, 1894, 1, 241 ; Sous Angers, 6 juin 1894, *S.*, 1896, 2, 25 (Accession). — Sous Aix, 12 février 1912, *S.*, 1913, 2, 281 (Immobilisation par destination).
- A. WEILL : Sous T. Civ., Limoges, 18 octobre 1946, *D.*, 1947, 440 (Accession).
- A. WEILL et J. BECQUE : Sous 1^{re} Civ., 7 mars 1955, *J.C.P.*, 1956, II, 9053 (Accession).

INDEX

(Les chiffres renvoient aux numéros et non aux pages)

- Accession* :
— immobilière : 16, 179 s.
— mobilière : 230, 333 s.
Accessoire (Notion) :
— sens large : 9, 12.
— conception quantitative : 13, 138, 329 s.
— sens strict : 18 s.
— accessoire nécessaire : 30 s., 318 note 506.
Acte de commerce par accessoire : 306 s.
Action civile :
— accessoire de l'action publique : 58.
Actions :
— obtenues au moyen de valeurs communes et de valeurs propres : 347 s.
— usufruit : 356, note 92.
Affectation : 19.
Alluvion : 242 s.
Annexe de propres : 238.
Appel :
— incident : 57.
— taux du ressort : 175, note 147.
Attache à perpétuelle demeure : 254 s.
Bail :
— accession : 195 s.
— obligation d'entretenir le bail : 304.
— qualification : 174.
— Voir : *Cheptel, Fourniture de logement, Gemmage de pins, Sous-location, Vente.*
Carte grise : 68 s.
Causalité : 22, 318 note 506.
Cause (Contrat) : 42, 132, 154, 157, 158, 168.
Cautionnement :
— acte de commerce : 309.
— limite : 46.
— obligation d'un mineur : 53.
Cheptel : 42, note 11 ; 110, note 298 ; 254.
Clauses accessoires : 131 s.
Clause pénale :
— caractère accessoire : 132.
— donation-partage : 114 s.
Communauté :
— accession : 15 à 17, 228 à 230.
— Voir : *Actions, Echange, Plus-value.*
Complicité : 315, note 497.
Construction :
— Voir : *Accession, Louage d'ouvrage.*
Contingent de mouture : 271, note 275.
Contrat :
— accessoire : 42, 45, 119, note 323. Voir : *Cheptel, Fourniture de logement, Gemmage de pins, Sous-location.*
— cession : 103, 304.
— qualification : 137 s.
— suites du cotrat : 93 s.
Contrat de travail :
— transmission : 304.
— Voir : *Fourniture de logement.*
Copropriété par appartements : 124 s.

Créance :

— accessoire d'une chose : 73 s.

Demande reconventionnelle :

— caractère accessoire : 56 s.
— taux du ressort : 175, note 147.

*Dépens : 175, note 147.**Dette :*

— accessoire d'une chose : 84 s.
— transmission : 97 s., 303 s.

*Donation avec charge : 137, 155, 159, 167, 168.**Donation de fruits et revenus : 249.**Droit de reproduction d'une œuvre de l'esprit : 83, 96.**Droit préférentiel de souscription : 350 s.**Echange : 137, 139, 140, 148, 149, 163, 165, 347 s.**Emballages : 336.**Empiètement : 232 s.**Enclave : 54-55.**Entreprise :*

— contrat d' — : Voir : *Louage d'ouvrage*.
— théorie de l' — : 304, note 440, 374.

Fonds de commerce :

— et immeuble par destination : 270 s.
— achat, constitution, vente, et acte de commerce par accessoire : 320 s.
— Voir : *Locaux accessoires*, *Nantissement*, *Plus-value*.

*Forêts : 21, note 55.**Fourniture de logement accessoire du contrat de travail : 51, 119, note 323.**Fruits :*

— acquisition : Voir : *Accession*, spécialement 246-250.
— caractère accessoire : 21.
— donation : 249.

*Garantie : 71, 95, note 224, 144 s.**Gemmage de pins : 51, note 40 ; 119, note 323.**Hôtellerie :*

— accession : 210.
— immobilisation par destination : 254.
— qualification : 173.

Hypothèque :

— améliorations : 63 s.
— étendue : 46.

— extinction par accessoire : 42.
— garantie d'une créance alimentaire : 107 s.

— immeubles par destination : 268.

— obligation réelle du tiers détenteur : 300.

— sur soi-même : 52.

— transmission : 53, 109.

*Immeuble par destination : 252 s.**Indivisibilité : 137, 141 s.**Indivision forcée : 120 s.**Legs :*

— accessoires de la chose léguée : 14, 61 s.

*Locaux accessoires du fonds de commerce : 31, 33, note 74.**Louage d'ouvrage : 150 s.**« Major pars trahit ad se minorem » : 13 s., 138 s., 156, 329 s.**Nantissement :*

— du fonds de commerce et immobilisation par destination : 271.

*Obligation de sécurité : 156.**Obligation réelle : 276 s.**Partage : Voir : Copropriété par appartements, Indivision forcée.**Partage d'ascendant : Voir : Clause pénale.**Plus-value : 15, 30.**Prénation : 52, note 52.**Prestations familiales : 337.**Principes généraux : 6.**Production : 21.**Qualifications : 129 s., 338 s.**Réduction des actes juridiques : 133 s.**Révocation des libéralités pour inexécution des charges : 167 s.**Servitudes :*

— caractère accessoire : 65, 73, 77.

— fixité : 301.

— nature : 281 s.

— obligations accessoires : 276 s.

— Voir : *Enclave*.

*Sol : 17, 28 s., 151.**Sous-location : 45, 47, 49, 50.**Subrogation réelle : 348, 351, note 61.**Sûretés : Voir : Cautionnement, Hypothèque, Nantissement.*

Usufruit :

- immobilisation par destination par l'usufruitier : 264, note 251.
- Voir : *Actions*.

Vente :

- accessoires de la chose vendue : 61 s.

- à prix réduit : 160.
- avec primes : 335 s.
- de fonds de commerce : 324.
- d'herbe : 170.
- d'immeuble par destination : 266 s.
- Voir : *Echange, Louage d'ouvrage*.

Vu :
Nancy, le 17 octobre 1966.

Le Président de thèse,

Les membres du jury,

Vu et approuvé :
Nancy, le 17 octobre 1966.

Le Doyen,
D. TALLON.

Vu et permis d'imprimer :
Nancy, le 19 octobre 1966.
Le Recteur de l'Académie,
Président du Conseil de l'Université,
P. IMBS.

TABLE DES MATIERES

TABLE DES MATIERES

(Les chiffres renvoient aux numéros et non aux pages)

Introduction	1
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : <i>Les notions d'accessoire et de principal</i> ..	8
§ 1. — La conception extensive de l'accessoire.	
A. — L'ampleur de la notion	9
B. — La notion d'accessoire, « notion fonctionnelle » ..	11
§ 2. — La conception exclusivement quantitative de l'accessoire	13
A. — La conception exclusivement quantitative de l'accessoire est insuffisante	14
B. — La conception exclusivement quantitative de l'accessoire est inexacte	15
§ 3. — La notion d'accessoire au sens strict : Caractères généraux	18
A. — La double origine du rapport d'accessoire à principal.	
a) L'affectation de l'accessoire au service du principal.	19
b) La « production » de l'accessoire par le principal	21
B. — L'unité de la notion d'accessoire.	
a) La position intermédiaire de l'accessoire, entre l'indépendance et l'assimilation au principal	23
b) La vocation de l'accessoire à suivre le sort du principal	24
§ 4. — La notion d'accessoire au sens strict : précisions relatives à certains aspects du rapport d'accessoire à principal.	
A. — Les éléments subjectifs et objectifs dans le rapport d'accessoire à principal.	
a) Le rôle de la volonté dans la liaison entre l'accessoire et le principal	26
b) Le cas particulier du sol	28
B. — L'accessoire nécessaire	30
a) La conciliation des termes « accessoire » et « nécessaire »	31
b) Les difficultés d'application	33
Les différents sens du mot « accessoire »	35
Les différents aspects de la règle de l'accessoire	36

PREMIERE PARTIE

LA REGLE DE L'ACCESSOIRE, EXPRESSION DES CONSEQUENCES LOGIQUES DU RAPPORT D'ACCESSOIRE A PRINCIPAL	39
CHAPITRE I : <i>L'accessoire suit le sort du principal</i>	40
Section 1 : La constatation des données : L'accessoire périt avec le principal	41
§ 1. — Le mécanisme de l'accessoire.	
A. — La durée de l'accessoire est limitée par celle du principal.	
a) L'accessoire par destination	42
b) L'accessoire par « production »	44
B. — Le principal commande la dimension de l'accessoire.	46
§ 2. — Les limites de la règle de l'accessoire.	
A. — L'accessoire devient indépendant.	
a) Le bail : sous-location, renouvellement et maintien dans les lieux	49
La fourniture de logement accessoire du contrat de travail	51
b) L'hypothèque sur soi-même	52
B. — L'accessoire change de support.	
a) Les sûretés : Le passage au service d'une autre créance.	53
b) L'enclave : Cessation de l'enclave et maintien de la servitude	54
C. — Le caractère partiel du rapport d'accessoire à principal.	
a) Les demandes reconventionnelles : La dépendance limitée à la forme	56
b) L'action civile et l'action publique ; l'identité de prescription	58
Section 2 : La maxime <i>asseccorium sequitur principale</i> , règle d'interprétation ; l'accessoire est l'objet des mêmes mesures juridiques que le principal	59
Sous-section 1 : La maxime <i>accessorium sequitur principale</i> , règle d'interprétation de la portée des actes juridiques visant le principal	61
§ 1. — Les accessoires visés	62
A. — L'appréciation des caractéristiques de l'accessoire.	
a) Le caractère objectif du rapport d'accessoire à principal	63
b) La détermination des accessoires normalement liés au principal	66
c) Un exemple de l'appréciation des caractéristiques de l'accessoire par la Cour de cassation : la « carte grise » de l'automobile vendue	68
B. — L'accessoire et le principal de nature juridique différente : le problème des droits accessoires d'une chose.	73
a) L'affectation.	
Le point de vue économique	75
Le point de vue juridique ; le système de la propriété des créances	76
Le rapport d'accessoire à principal dans l'analyse classique	

du droit de créance ; le principal n'est pas sujet du droit accessoire	77
Droits accessoires et choses accessoires par affectation ..	79
b) La « production ».	
Le principal n'est pas objet du droit accessoire	81
Les accessoires passifs	84
Droits accessoires et choses accessoires par « production »	86
La possibilité d'admettre un rapport d'accessoire à principal entre un droit personnel et un droit réel	87
§ 2. — Le fonctionnement technique de la règle de l'accessoire.	88
A. — Les accessoires actifs	90
a) La présomption de volonté.	
Le cas des créances accessoires : cession de créance tacite.	91
Stipulation présumée en vertu de l'art. 1122 C. civ.	92
b) Les suites du contrat	93
Les hésitations de la jurisprudence	95
La règle de l'accessoire ne prévaut pas contre la loi ou la volonté expresse des parties	96
B. — Les accessoires passifs	97
a) La vocation de l'ayant cause particulier aux obligations de son auteur	99
b) La présomption de volonté. Echec du système	102
L'impuissance de la « règle logique » de l'accessoire à assurer la transmission des dettes accessoires	103
<i>Sous-section 2 : La maxime <i>accessorium sequitur principale</i> et l'interprétation des dispositions légales aménageant le régime du principal et de l'accessoire</i>	105
§ 1. — L'application à l'accessoire de règles régissant le principal	106
A. — L'intensité de l'union entre l'accessoire et le principal	107
L'accessoire nécessaire. L'hypothèque légale garantissant une créance indisponible.	
B. — L'atténuation de la résistance opposée par le régime de l'accessoire	113
La validité de la clause pénale dans la donation partage ..	114
§ 2. — L'application à l'accessoire d'un régime original (l'accessoire commun à plusieurs biens principaux et l'indivision forcée).	
A. — Le mécanisme de la règle de l'accessoire et l'indivision forcée	120
B. — L'extension du domaine de l'indivision forcée	122
a) L'accessoire commun, simplement utile à plusieurs principaux peut-il rester indéfiniment indivis ? (La clause d'indivision forcée perpétuelle.)	
b) Jusqu'à quel point un partage peut-il laisser subsister une indivision ? (Le partage en nature d'un immeuble susceptible d'être divisé par appartements.)	124
CHAPITRE II : <i>Le principal ne suit pas le sort de l'accessoire</i>	129
Le rapport d'accessoire à principal à l'intérieur d'un cadre unique : l'exemple du contrat.	
<i>Section 1 : Le sort des clauses accessoires et l'existence du contrat.</i>	131
A. — Le rapport d'accessoire à principal	132

B. — Le jeu de la règle de l'accessoire : La réduction du contrat (Les clauses principales survivent à la disparition des clauses accessoires.)	133
Section 2 : Le sort des éléments accessoires et la qualification du contrat	137
§ 1. — La place du rapport d'accessoire à principal.	
A. — La conception quantitative de l'accessoire. Les circonstances sont favorables à l'introduction du critère arithmétique de l'accessoire	138
Ce système n'est pas celui du droit positif	139
B. — L'indivisibilité et le rapport d'accessoire à principal.	141
§ 2. — Le mécanisme de la règle de l'accessoire	143
A. — Les obligations accessoires par nature (exemple de l'obligation de garantie et de l'obligation de sécurité).	
a) Le rapport d'accessoire à principal	144
b) Les conséquences du rapport d'accessoire à principal.	146
B. — Les éléments accessoires de par la volonté des parties.	
a) L'affectation.	
Exemple de l'échange avec soulte	148
Exemple du contrat d'entreprise avec fourniture de matière	150
b) La « production ». Exemple de la donation avec charge	155
§ 3. — La portée de la règle de l'accessoire.	
A. — La signification de la maxime <i>accessorium sequitur principale</i> : l'effacement relatif de l'accessoire	161
a) L'influence du principal sur l'accessoire. Le principal ne suit pas le sort de l'accessoire	162
b) L'accessoire n'est pas négligé	163
Sur le plan économique	164
Sur le plan juridique	166
B. — Les limites de la maxime <i>accessorium sequitur principale</i> : l'influence de l'accessoire sur la qualification.	169
a) Le choix entre deux qualifications	170
b) L'apparition d'une qualification nouvelle	172
Conclusion de la première partie	176

DEUXIEME PARTIE

LA REGLE DE L'ACCESSOIRE, PROCEDE TECHNIQUE ORIGINAL	177
CHAPITRE I : <i>Le dépassement des conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal</i>	178
Section 1 : La propriété de l'accessoire est attribuée au propriétaire du principal : la théorie de l'accession	179
Sous-section 1 : Le « droit d'accession », principe général de l'organisation juridique de la propriété	181
§ 1. — La nature de l'accession.	
A. — Les explications de l'accession en dehors de la maxime <i>accessorium sequitur principale</i> .	

a) L'accession, phénomène naturel	182
b) L'occupation réelle	184
B. — L'explication de l'accession par la maxime <i>accessorium sequitur principale</i>	186
a) Le rapport d'accessoire à principal	187
b) La théorie de l'accession dans le Code civil (le droit d'accession, attribut de la propriété)	188
§ 2. — L'application du principe : l'article 555 du Code civil et le jeu immédiat de l'accession	190
A. — En dehors de tout contrat.	
a) L'accession virtuelle.	
b) La dissociation entre l'acquisition de la propriété et le règlement des rapports entre les parties	194
B. — En présence d'un bail	195
a) L'option du bailleur	197
b) Les droits du preneur sur la construction en cours de bail	201
 Sous-section 2 : L'accession, série de solutions pratiques	208
§ 1. — L'article 555 et l'accession différée	209
A. — L'apparition de la solution	210
B. — La portée de la solution.	
a) L'accession en fin de bail	216
b) L'interprétation de l'article 555 postulée par la position de la jurisprudence	217
§ 2. — L'accession et le règlement de conflits en matière de propriété	221
A. — L'utilisation de la maxime <i>accessorium sequitur principale</i> .	
a) Les articles 554 et 555 du Code civil	222
b) L'accession dans les régimes matrimoniaux	228
B. — L'exclusion de la maxime <i>accessorium sequitur principale</i>	231
a) Les difficultés résolues dans le secours de la règle de l'accessoire, en dehors de l'accession.	
— L'empiètement	232
— L'affectation et l'accession horizontale	236
— L'annexe de propres	238
b) Les difficultés résolues sans le secours de la règle de l'accessoire dans le droit de l'accession.	
— Le voisinage des cours d'eau	242
— L'accession par production et l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi	246
Application aux donations de fruits et de revenus	249
 Section 2 : L'accessoire emprunte la nature juridique du principal.	251
 Sous-section 1 : Le changement de nature de l'accessoire, moyen facilitant le jeu de la règle de bon sens <i>accessorium sequitur principale</i> ; la théorie de l'immobilisation par destination	252
§ 1. — La maxime <i>accessorium sequitur principale</i> et le fondement de l'immobilisation par destination	253
A. — L'ambiguïté de l'incorporation matérielle d'un objet à un fonds.	
a) L'attache à perpétuelle demeure, signe de l'affectation.	254
b) L'attache à perpétuelle demeure, situation intermédiaire	

entre l'immobilisation par nature et l'immobilisation par destination	256
B. — L'ambiguïté du rôle du rapport d'accessoire à principal	258
a) L'affectation, équivalent de l'incorporation	259
b) L'immobilisation par destination, procédé destiné à faciliter le maintien de l'union entre l'accessoire et le principal	260
§ 2. — La maxime <i>accessorium sequitur principale</i> et les limites de l'immobilisation par destination	262
A. — La limitation de l'immobilisation par destination par les conditions du jeu de la règle de l'accessoire.	
a) La réunion de la propriété de l'accessoire et du principal dans le même patrimoine, condition de l'immobilisation par destination	263
b) La cessation de l'immobilisation par destination	265
B. — La discordance entre les limites de l'immobilisation par destination et les conséquences de la maxime <i>accessorium sequitur principale</i>	269
a) L'immobilisation par destination dépasse les besoins de la règle de l'accessoire ; le conflit entre l'immobilisation par destination et le fonds de commerce : le nantissement de l'outillage	270
b) La maxime <i>accessorium sequitur principale</i> déborde l'immobilisation par destination ; la saisie immobilière d'un bail accessoire non immobilisé	274
<i>Sous-section 2 : Le changement de nature de l'accessoire, effet nécessaire du jeu de la maxime <i>accessorium sequitur principale</i> ; les obligations accessoires d'une servitude ; les obligations réelles</i>	276
§ 1. — Les obligations accessoires d'une servitude	277
A. — Le principe <i>servitus in faciendo consistere non potest</i>	280
a) La servitude est-elle toujours un droit réel ?	281
b) Le droit réel peut-il imposer à une personne une prestation positive ?	284
B. — Le rôle de la règle de l'accessoire	288
a) Le mécanisme de la règle de l'accessoire. Le double rapport d'accessoire à principal ; l'utilisation de l'instrument technique <i>accessorium sequitur principale</i>	289
b) Les limites de la règle de l'accessoire ; l'activité humaine peut être accessoire, mais non élément de la servitude	295
§ 2. — Les obligations réelles.	
A. — Le rôle de la règle de l'accessoire dans l'explication des obligations réelles.	
a) Les obligations réelles, obligations accessoires	296
b) La nature juridique des obligations réelles (L'influence du principal sur l'accessoire)	298
B. — Le rôle de la règle de l'accessoire dans la détermination du domaine des obligations réelles.	
a) Le domaine traditionnel des obligations réelles	300
b) L'extension du domaine des obligations réelles ; les obligations <i>scriptae in rem</i> et le problème de la transmissibilité des dettes accessoires	303
<i>Sous-section 3 : Le changement de nature de l'accessoire, but de</i>	

l'intervention de la maxime <i>accessorium sequitur principale</i> ; la théorie des actes de commerce par accessoire	306
§ 1. — La place de la maxime <i>accessorium sequitur principale</i> dans la théorie des actes de commerce par accessoire ..	307
A. — La maxime <i>accessorium sequitur principale</i> et le fondement de la théorie des actes de commerce par accessoire.	
a) Les actes de commerce objectifs accessoires	308
b) Les actes de commerce subjectifs	310
B. — La maxime <i>accessorium sequitur principale</i> et l'aménagement technique de la théorie des actes de com- merce par accessoire	312
La règle de l'accessoire, moyen d'obvier aux insuffisances de la définition de l'activité commerciale	314
Le caractère objectif du système	316
§ 2. — L'effacement de la maxime <i>accessorium sequitur prin-</i> <i>cipale</i> dans la théorie des actes de commerce par acces- soire	317
A. — L'assouplissement du rapport d'accessoire à princ- pal dans les actes de commerce par accessoire.	
a) L'accessoire	318
b) Le principal	320
B. — La prise en considération de la destination civile des actes.	
a) Les actes mixtes	325
b) Les actes civils par accessoire	326
Du dépassement des conséquences logiques du rapport d'accessoire à principal à la déformation du concept d'accessoire	328
 CHAPITRE II : <i>La déformation du concept d'accessoire</i> ; Major pars trahit ad se minorem	329
La distinction des maximes <i>accessorium sequitur principale</i> et <i>major pars trahit ad se minorem</i>	330
La réduction des éléments substantiels du droit	331
 <i>Section 1</i> : Le passage du qualitatif au quantitatif	332
A. — L'intervention du critère quantitatif de l'accessoire à titre subsidiaire ; exemple de l'accession mobilière	333
B. — L'utilisation simultanée des deux notions d'acces- soire ; exemple des ventes avec primes	335
C. — L'utilisation exclusive du critère quantitatif ; exem- ple de la profession principale et du principal revenu dans la réglementation des prestations familiales	337
 <i>Section 2</i> : La réduction opérée par la maxime <i>major pars trahit</i> <i>ad se minorem</i> dans les qualifications	338
§ 1. — Les caractères généraux de la règle <i>major pars trahit</i> <i>ad se minorem</i> jouant en matière de qualification.	
A. — La rigidité de l'adage <i>major pars trahit ad se</i> <i>minorem</i>	339
B. — L'utilité de la règle <i>major pars trahit ad se mino-</i> <i>rem</i> ; la solution d'un conflit	342
§ 2. — La qualification d'un bien et la maxime <i>major pars trahit</i> <i>ad se minorem</i> (Le sort d'un bien d'origine à la fois propre et commune, sous un régime de communauté)	347

A. — Les solutions antérieures à la loi du 13 juillet 1965.	
a) Le bien échangé	348
b) Les actions nouvelles souscrites grâce à un droit préférentiel de souscription propre et au versement de deniers communs	350
c) La pression en faveur du critère quantitatif de l'accessoire : le conflit d'intérêts accentué par la dégradation des effets de la théorie des récompenses	353
B. — La loi du 13 juillet 1965	355
a) Le nouvel article 1406.	
L'exclusion de la maxime <i>major pars trahit ad se minorem</i> ; la règle de l'accessoire ne peut-elle être réintroduite ?	356
b) Le nouvel article 1407	357
La consécration de la règle <i>major pars trahit ad se minorem</i> ; les possibilités d'extension du système	358
§ 3. — Les qualifications mixtes des contrats et la règle <i>major pars trahit ad se minorem</i>	359
A. — L'unité de l'acte et l'opposition des régimes juridiques	360
B. — L'adaptation de la règle <i>major pars trahit ad se minorem</i> aux besoins pratiques	362
L'adaptation du régime sans réduction de la qualification.	363
CONCLUSION	365
I. — La stabilité de la « règle logique » de l'accessoire	366
II. — Le caractère provisoire de l'utilisation de la règle de l'accessoire comme procédé technique	369

ACHEVÉ D'IMPRIMER LE
25 JANVIER 1969
SUR LES PRESSES DES
IMPRIMERIES RÉUNIES
22, RUE DE NEMOURS
----- RENNES -----

N° d'édition : 1269
Dépôt légal : 1^{er} trimestre 1969

